

Tadeusz Jasudowicz

Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych

1. Uwagi wstępne

Gdy mowa o prawie państwa do odstępstwa od zobowiązań z dziedziny ochrony praw człowieka w sytuacjach ekstremalnych, w których mamy do czynienia ze stanem wojny lub innego wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża istnieniu narodu, od razu trzeba powiedzieć, że właśnie to kryterium stanowi – jak to się nieraz nazywa – „warunek główny”¹ o uprzednim, obiektywnym i zupełnie fundamentalnym ładunku substancjalnym. Zsyłam się w tym względzie na referat Profesor Michalskiej², od siebie podkreślając li tylko, że wartością chronioną jest tu *expressis verbis* i wcale nie przypadkowo „naród” właśnie, i to w stanie krańcowego zagrożenia, gdy samo jego życie”, „istnienie” czy „przetrwanie” staje pod znakiem zapytania, nie zaś zagrożenie bezpieczeństwa państwa jako takiego, nie jakiś splot geopolityczny, ani tym bardziej nie jakaś prolongacja rządów monopartii.

Nie będę też wkraczał w studium formalnych i organizacyjnych przesłanek czy warunków dopuszczalności środków i ich uporządkowanej realizacji, już dokonane przez B. Gronowską³, aczkolwiek zwrócę uwagę na ich pośrednią nośność substancjalną, skoro to od nich zależy samo wprowadzenie *lege artis* – tak czy inaczej nazywanego – stanu nadzwyczajnego lub wyjątkowego, a więc

1 W ten sposób („the main condition”) Europejska Komisja Praw Człowieka, [w:] *Greek Case*, Opinion, 5 November 1969, *Yearbook of the European Convention of Human Rights* (cyt. dalej: *Yearbook...*), t: II, s. 103-104.

2 A. Michalska, *Niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu* (referat na Konferencję Toruńską nt. „Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych (z uwzględnieniem międzynarodowego prawa humanitarnego i obowiązków w zakresie jego krzewienia)”, Toruń 19-20 lutego 1997 r.

3 B. Gronowska, *Formalne przesłanki dopuszczalności środków derogacyjnych* (referat na Konferencję j.w.).

wyznaczenie początkowej granicy dopuszczalności środków derogacyjnych, podobnie, jak ich spełnienie warunkuje możliwość uruchomienia kontroli międzynarodowej, nie wykluczając kontroli sądowej czy *quasi*-sądowej, w której spełnienie przesłanek substancjalnych siłą rzeczy może podlegać weryfikacji. Te formalne przesłanki również wyznaczają – substancjalnie przecież niezmiernie istotny – czas, na jaki środki derogacyjne zostają wprowadzone, a więc także moment, z którym podlegają one zakończeniu, a pełne korzystanie z praw człowieka ma być przywrócone.

Pod tym względem rozwiązanie przyjęte w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest bardziej prawidłowe, niż rozwiązanie zastosowane w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, bo postrzega tę granicę końcową nie tylko jako moment, „kiedy takie środki przestaną działać”, ale także jako moment, poczynając od którego „przepisy Konwencji będą w pełni ponownie stosowane”⁴. Nie jest to substancjalnie obojętne, jak tego dowodzi doświadczenie polskie roku 1982 (w kontekście zawieszenia stanu wojennego) i roku 1983 (w kontekście pozorowanego zniesienia stanu wojennego), skoro pełnego korzystania z praw człowieka wcale nie przywrócono, a ustawa o szczególnej regulacji prawnej na okres wychodzenia z kryzysu społeczno-politycznego w PRL szereg środków derogacyjnych utrzymała, zaś pod niektórymi względami stworzyła grunt dla jeszcze dalej idących ograniczeń w korzystaniu z praw człowieka⁵.

Przyjmuję też jako wyczerpaną przez P. Przybysza⁶ problematykę praw niederogowalnych, która w istocie również stanowi fundamentalną przesłankę o jak najbardziej substancjalnym charakterze. Poza podkreśleniem godnych pożądania rozbieżności w katalogu praw niederogowalnych pomiędzy Paktem Obywatelskim (art. 4 pkt 2) a Konwencją Europejską (art. 15 pkt 2), zaakcentuję jedynie, że:

4 Por. art. 4 pkt 3 („when such measures have ceased to operate”; „date a laquelle ces mesures ont cesse d’etre en vigueur”) Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. oraz art. 15 pkt 3 („the provisions of the Convention are again being fully executed”; „les dispositions de la Convention recoivent de nouveau pleine application”) Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 4 listopada 1950 r. – teksty polskie ([w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe* (oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik), wyd. III, Toruń 1996 (cyt. dalej: *Prawa człowieka...*)).

5 Przypomnijmy np., że rok 1985 przyniósł pokłosie w postaci rozwoju trybów przyspieszonych, a niewiele brakowało, by została przyjęta ustawa o banicji. Swoje „anty ludzkie” *de facto* oblicze miał też nowy art. 52 „a” Kodeksu Wykroczeń, skutecznie wykorzystywany do zwalczania opozycji.

6 P. Przybysz, *Studium praw niederogowalnych* (referat na Konferencję j.w.).

1. żadne państwo-strona Paktu, będące zarazem uczestnikiem regionalnego systemu ochrony praw człowieka, nie może powoływać się na tytuł do derogacji odnośnie do praw, które z mocy Paktu są niederogowalne⁷;
2. status niederogowalności chroni dane prawo w takiej konkretnej substancji, w jakiej jest ono w odnośnym dokumencie umocowane, a więc z uwzględnieniem i poszanowaniem – limitującego tę substancję „dobrodrojeństwa inwentarza”, czy to w postaci wyłączeń *ex definitione*, jak to jest np. w art. 2 pkt 2 Konwencji Europejskiej, czy też w postaci klauzuli limitacyjnej, jak to jest np. w przypadku art. 18 pkt Paktu Obywatelskiego⁸;
3. prawa niederogowalne powinny stanowić dla uciekających się do derogacji państw nietykalne tabu, a z tego punktu widzenia dokumenty Ludzkiego Wymiaru KBWE wprowadzają niepotrzebne zamieszanie⁹;
4. status niederogowalności tych praw oraz ich konkretnie chronioną międzynarodowo substancję można i należy postrzegać także w perspektywie wniosków wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁰, zwłaszcza, że ich pogwałcenie zwykle ma status „ciężkiego naruszenia” Konwencji Genewskich o Ochronie Ofiar Wojny z 12 sierpnia 1949 r., równoznaczny ze statusem „zbrodni wojennych”¹¹.

Nie będę wreszcie absolutnie wkraczał w unormowania europejskiego prawa wspólnotowego, bo to C. Mik bardziej kompetentnie rozważył¹², aczkolwiek wskażę, że – moim zdaniem – system Wspólnot/Unii Europejskiej powinien

7 Patrz np.: T. Jasudowicz, *Determinanty międzynarodowo chronionej substancji praw człowieka w systemie uniwersalnym i europejskim (...)*, [w:] *O prawach człowieka. W podwójną rocznicę Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej* (pod red. T. Jasudowicza i C. Mika), Toruń 1996, s. 87 i nast.

8 Nad tą kwestią debatowano też podczas *travaux preparatoires* art. 4 Paktu Obywatelskiego – por.: *Guide to the „Travaux Preparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights* (oprac. M. J. Bossuyt), Dordrecht-Boston-Lancaster 1987, s. 95 (w kontekście art. 18 pkt 3 Paktu).

9 Patrz niżej, s. 52.

10 Por.: T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 90, 93, 95, 96, 98, 108 i nast. Por. też: S. P. Marks, *Principles and Norms of Human Rights in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts*, [w:] *The International Dimensions of Human Rights*, t. I, (ed. by K. Vasak), Paris 1982, s. 196, 199, 200 i nast.

11 Por.: Cztery Konwencje Genewskie o Ochronie Ofiar Wojny z 12 sierpnia 1949: art. 50 I KG o Polepszeniu Losu Rannych i Chorych w Armjach Czynnych; art. 51 II KG o Polepszeniu Losu Rannych, Chorych i Rozbitków na Morzu; art. 130 III KG o Traktowaniu Jeńców Wojennych; oraz art. 147 IV KG o Ochronie Osób Cywilnych podczas Wojny. Teksty polskie [w:] *Umowy międzynarodowe o ochronie ofiar wojny* (oprac. M. Fleming), Warszawa 1987, s. 9 i nast., 28 i nast., 37 i nast., oraz 86 i nast., odpowiednio.

12 C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe wobec stanów nadzwyczajnych* (referat na Konferencji j.w.).

w tym zakresie uznać i uszanować priorytet Konwencji Europejskiej, a nie wytwarzać własnych, zwłaszcza konkurencyjnych, rozwiązań. a jeśli już, to tylko na korzyść pełniejszej ochrony praw człowieka, a więc zawężenia dopuszczalności i wzmoczenia wymogów w zakresie uciekania się państwa do środków derogacyjnych.

Wyjaśnwszy zatem, czym się zajmował nie będę, by innym referentom „chleba nie zabierać”, chcę z kolei zarysować pewien *background* prawny dla tego obszaru, którym właśnie zajmować się będę.

2. Zasada pełnego i skutecznego korzystania z praw człowieka

Nie wkraczając w bardziej subtelne wywody, opowiadam się – nie ja jeden zresztą – na korzyść tezy, iż zasada „powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich”, na stopie równości i niedyskryminacji, stanowi jedną z podstawowych zasad współczesnego prawa międzynarodowego, o charakterze normy *iuris cogentis*, tak z mocy samej Karty NZ, jak i dalszego rozwoju prawa międzynarodowego, w tym z racji włączenia jej do Dekalogu Aktu Końcowego KBWE, w postaci „Zasady VII: Poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności, włączając w to wolność myśli, sumienia, religii i przekonań”¹³.

Wcale to przecież nie oznacza, iżby każde z praw człowieka podzielało wraz z samą zasadą taki status, ale oznacza to, że nie ma i być nie może takiej sytuacji, w której można by powiedzieć, że prawa człowieka nie obowiązują w ogóle, oznacza więc również to, że w każdej i jakiegokolwiek sytuacji – i to nie tylko w zakresie praw niederogowalnych – wchodzi i musi wchodzić w grę prawnie „niewzruszalna substancja” praw człowieka w ogóle, skądinąd relatywizowana w kontekście rodzaju, charakteru i stopnia natężenia sytuacji nadzwyczajnej, jak też z uwzględnieniem „wrażliwości” danego prawa na dany typ sytuacji nadzwyczajnej¹⁴.

Już z mocy tej zasady podstawowej, ale też niezależnie od niej, z całego zbioru międzynarodowych norm praw człowieka wyłaniają się dwie, ściśle współgrające i uzupełniające się wzajemnie, zasady ogólne, a mianowicie zasada pełnej ochrony praw człowieka oraz zasada ich skutecznej ochrony. Każdy traktat ogólnej ochrony praw człowieka, uniwersalny bądź regionalny, w szczególności,

13 Patrz: *Conference on Security and Co-operation in Europe. Final Act* (w 5 językach), Helsinki 1975, s. 80.

14 P. Daranowski, *Międzynarodowa ochrona praw obywatelskich i politycznych in statu nascendi* (...), Łódź 1993, s. 164, mówi li tylko o „proporcjonalności środków ograniczających prawa i wolności do rodzaju zagrożenia”. Moim zdaniem, nie jest to trafne.

zarówno Pakt Obywatelski, jak i Konwencja Europejska, takie zasady w sobie zdają się zawierać.

Skoro zaś chodzi o zasadę, przeto na jej korzyść działa silne domniemanie, dopuszczające przeciwdwódną (*praesumptio iuris*), np. w postaci prawnie umocowanego wyjątku, zawsze interpretowanego ściśle, nigdy zaś rozszerzająco, a nawet poniekąd *praesumptio iuris ac de iure*, skoro wszelkie wyjątki są wpisane w tekst odnośnego dokumentu, a ich nadużywająca interpretacja i stosowanie są *expressis verbis* wykluczone¹⁵.

Można by się, co prawda, zastanawiać, czy – z mocy norm zwyczajowych i zasad ogólnych prawa – może wejść w grę nadzwyczajna ekskulpacja w postaci *force majeure* lub prawa do samoobrony, bardzo ostrożnie stosowana¹⁶, a nigdy nie dopuszczająca np. zawieszenia praw człowieka czy ograniczenia w korzystaniu z nich w odpowiedzi na pogwałcenie praw człowieka przez drugą stronę traktatu¹⁷. W każdym bądź razie, we wszystkich sytuacjach wątpliwych czy niejasnych, w tym również w każdej sytuacji ekstremalnej, nieusuwalną wskazówką interpretacyjną będzie też ogólna zasada ludzkości, penetrująca całość systemu prawa międzynarodowego, a m.in. jak najściślej się wiążąca z interpretacją *pro homine et pro humanitate*¹⁸.

Mechanizmy traktatowe służące określeniu granic korzystania z praw człowieka – czy to w postaci klauzul limitacyjnych, czy też klauzuli derogacyjnej – zawsze stanowią i stanowić muszą wyjątek od zasady, li tylko ściśle czy wręcz ściśnającą interpretowany, nigdy nie mogący godzić w zasadę jako taką, skoro „wyjątek potwierdza regułę”. Słusznie więc podkreślono w Dokumencie Moskiewskim KBWE 1991 r., że środki derogacyjne są „ze swej natury wyjątkowe i powinny być interpretowane i stosowane w sposób ściśnający”¹⁹.

15 Por.: T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 95, 99, 112-113. Por. też: A.-I. A. Daes, *The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration on Human Rights. A Contribution to the Freedom of Individual under Law*, New York 1983, s. 115, 117, 132, 178, 190. S. P. Marks, op. cit., s. 185.

16 Por.: I.-E. A. Daes, op. cit., s. 189.

17 Jest to konsekwencją szczególnego statusu traktatów humanitarnych umocowanego w art. 60 pkt 5 Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów z 23 maja 1969 r. Tekst polski [w:] *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego* (oprac. K. Kocot i K. Wolfke), wyd. IV, Wrocław-Warszawa 1978, s. 496 i nast.

18 Por. np.: T. Jasudowicz, *O „ludzki wymiar” międzynarodowego prawa morza*, [w:] *Prawo morskie*, t. VI, Ossolineum 1993, s. 37 i nast.

19 Patrz: Dokument Spotkania Moskiewskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE, Moskwa 4 października 1991 r., pkt 28.7. Tekst polski [w:] *Prawa człowieka...*, s. 241 i nast. V.-Y. Ghebali, *The Human Dimension Regime of States of Public Emergency*, [w:] *OSCE/ODIHR Bulletin*, t. 4, nr 1, s. 35, w tym kontekście mówiąc wręcz o „the principle of intangibility of the fundamental human rights”.

Także Europejski Trybunał Praw Człowieka w jednej ze spraw wyraźnie mówił o „*the exceptional right of derogation*”²⁰. Jak stwierdza Marks, środki derogacyjne „w żadnym razie nie prowadzą do odstępstwa od zasady, która zachowuje ważność powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka, opartej na Karcie Narodów Zjednoczonych”²¹.

3. Studium porównawcze przesłanek substancjalnych w klauzulach derogacyjnych

Generalne klauzule wyjątkowe na wypadek sytuacji nadzwyczajnych, które nazywam klauzulami derogacyjnymi, występują w zasadzie we wszystkich, uniwersalnych i regionalnych, traktatach ogólnej ochrony praw człowieka, włączając w to art. 4 pkt 1 Paktu Obywatelskiego, art. 15 pkt 1 Konwencji Europejskiej oraz art. 27 pkt 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Zwraca natomiast uwagę brak takiej klauzuli w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów z 26 czerwca 1981 r.²²

Odmienne przedstawia się sytuacja w obrębie „drugiej rodziny” praw człowieka. I tak, nie ma klauzuli derogacyjnej w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych, jej miejsce zaś zajmuje generalna klauzula limitacyjna, o tyle istotna, że – poza zaakcentowaniem dopuszczalności limitacji „wyłącznie w celu popierania ogólnego dobrobytu w społeczeństwie demokratycznym” – zawiera bardzo istotne wskazanie substancjalne, dopuszczające limitację „tylko w stopniu, w jakim jest to zgodne z istotą tych praw”, co pozwala mówić o ich „niewzruszalnej substancji”²³.

Przeciwnie, Europejska Karta Socjalna z 18 października 1961 r. zawiera klauzulę derogacyjną, wzorowaną na klauzuli z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, aczkolwiek nie przewidującą praw niederogowalnych²⁴. Jest to, moim zdaniem, błędne, jako że i w obrębie tej „rodziny praw” powinno być miejsce

20 Patrz: *Lawless Case*, Judgment, 1 July 1961, ser. A, nr 3, s. 55, par. 22. Por.: E.-I. A. Daes, op. cit., s. 190.

21 S. P. Marks, op. cit., s. 185. Por. m.in. E.-I. A. Daes, op. cit., s. 115, 132, 190; T. Jasudowicz, *Determinaty...*, s. 95, 99, 112-113; tenże, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 31.

22 Teksty polskie tych dokumentów [w:] *Prawa człowieka...*, s. 30 i nast., 125 i nast., 311 i nast., oraz 344 i nast., odpowiednio.

23 Por. art. 4 Paktu Gospodarczego („*in so far as this may be compatible with the nature of these rights*”; „*dans la seule mesure compatible avec nature de ces droits*”). tekst polski [w:] *ibid.*, s. 21 i nast.

24 Por. art. 30 pkt 1 Karty. Tekst polski [w:] *ibid.*, s. 166 i nast.

na ich „niederogowalną substancję”, zwłaszcza gdy się uwzględni właśnie system prawa międzynarodowego w ogóle, włączając w to Pakt Gospodarczy²⁵, w szczególności zaś unormowania międzynarodowego prawa humanitarnego²⁶.

Zachodzi więc radykalna rozbieżność pomiędzy metodą przyjętą przez Kartę Socjalną a metodą zastosowaną w Pakcie Gospodarczym. Czy byłoby rzeczywiście trafnym powiedzieć, jak to potocznie się sądzi, że w obszarze praw socjalnych jako „słabszych” derogacja jest tym bardziej zrozumiała i dopuszczalna? Osobiście, wolę się przychylić do poglądu Daes, zdaniem której: „Żadnego postanowienia o stanie nadzwyczajnym w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych nie ma”; zatem, prawa te „podlegają prawowym limitacjom, żadnych zaś wyjątków na wypadek stanów nadzwyczajnych nie przewidują”²⁷.

Moim zdaniem, brak klauzuli derogacyjnej jest tu naturalny i uzasadniony; najbardziej ekstremalna sytuacja, jaką jest międzynarodowy konflikt zbrojny – w świetle bogatych unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego – nie godzi co do zasady w prawa „drugiej rodziny”, a jeśli już je uszczupli, to właśnie raczej w sensie ich limitacji, nie zaś derogacji.

Porównanie traktatowych klauzul derogacyjnych nasuwa interesujące wnioski. Z jednej strony, można powiedzieć, że sposób formułowania substancjalnych przesłanek derogacji jest bardzo zbliżony, niemal identyczny, skoro:

1. i w pakcie Obywatelskim, i w Konwencji Europejskiej, a także w Karcie Socjalnej mówi się o dopuszczalności środków derogacyjnych jedynie „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji”²⁸;
2. we wszystkich też tych trzech dokumentach dopuszcza się środki derogacyjne jedynie „pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami (państwa) wynikającymi z prawa międzynarodowego”²⁹;
3. jednak tylko według Paktu Obywatelskiego środki derogacyjne są dopuszczalne pod warunkiem, iż „nie pociągają za sobą dyskryminacji wyłącznie

25 Moim zdaniem np. art. 11 pkt 2 Paktu Gospodarczego, w zakresie dotyczącym „podstawowego prawa człowieka do wolności od głodu”, można traktować jako ucieleśnienie prawa niederogowalnego. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Ochrona przed ubóstwem w świetle zasady integralności praw człowieka...*, Por. też art. 8 pkt 3 Paktu Gospodarczego.

26 Por. T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 1997, s. 173 i nast. „Prawo do godnego poziomu życia”.

27 Por.: E.-I. A. Daes, op. cit., s. 202.

28 „To the extent strictly required by the exigencies of the situation”, „dans la stricte mesure ou la situation l'exige”.

29 „Provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law”; „sous reserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international”.

z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”, podczas gdy Konwencja Europejska i Karta Socjalna przesłanki tej nie uwzględniają³⁰.

Tak czy inaczej, przyjęło się jednak mówić o „trzech warunkach” czy – jak ja to określiłem – o trzech substancjalnych przesłankach dopuszczalności środków derogacyjnych. W toku prac przygotowawczych nad art. 4 pkt 1 Paktu, w Komisji Praw Człowieka wyraźnie stwierdzono: „Środki, jakie państwo-strona może po ogłoszeniu stanu wyjątkowego podjąć, odstępując od swych zobowiązań wynikających z Paktu, podlegają trzem warunkom, wskazanym w pkt 1 artykułu”³¹.

Oddzielny komentarz należy się derogacji w „prawie KBWE”, tak, jak to ujął Dokument Kopenhaski z 1990 r., a dopełnił Dokument Moskiewski z 1991 r., co Ghebali nazywa „*a specific regime*”³². Przyjęło się wychwalać rozwiązania KBWE, podczas gdy ja się wcale nimi nie zachwycam. Pozornie, trzy wyżej ustalone warunki dają się także tu ustalić, skoro się stwierdza, że środki derogacyjne:

1. „nie będą powodować dyskryminacji wyłącznie na podstawie rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, pochodzenia etnicznego lub przynależności do mniejszości”³³;
2. „środki stanowiące odstępstwo od zobowiązań będą ograniczone do zakresu ściśle wyznaczonego przez wymogi sytuacji”³⁴ bądź „nie będą szły dalej ani nie będą utrzymywane w mocy dłużej niż ściśle tego wymaga konieczność sytuacji”³⁵;
3. „wszelkie odstępstwo od zobowiązań odnoszących się do praw człowieka i podstawowych wolności w czasie stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego musi być utrzymane ściśle w granicach przewidzianych przez prawo międzynarodowe, w szczególności przez odpowiednie dokumenty międzynarodowe, którymi państwa te są związane, zwłaszcza w odniesieniu do tych praw człowieka, które nie mogą być zawieszone”³⁶.

Niby wszystko jest w porządku, ale – zauważmy to – wyraźnie tu się mówi o prawach niederogowalnych, nie wymieniając żadnego ich katalogu i jakby nie

30 Por. jednak art. 14 Konwencji Europejskiej uświęcający pełną i otwartą klauzulę niedyskryminacji.

31 Por.: *Guide...*, s. 88-89. Por. też E.-I. A. Daes, op. cit., s. 203; T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 90, 93, 96; tenże, *Administracja...*, s. 33.

32 V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 32.

33 Por. Dokument Spotkania Kopenhaskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE z 29 czerwca 1990 r., pkt 25.4. Tekst polski [w:] *Prawa człowieka...*, s. 226 i nast. Por. też: Dokument moskiewski..., pkt. 28.7. *in fine*.

34 Tak Dokument Kopenhaski..., pkt 25.3.

35 W ten sposób Dokument moskiewski..., pkt. 28.7., zd. III.

36 Por. Dokument Kopenhaski..., pkt. 25; Dokument Moskiewski..., pkt 28.6.

traktując ich wcale jako niewzruszalnego tabu. Natomiast tam, gdzie jest mowa o prawach derogowalnych, warunku zgodności „z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego” nie ma w ogóle. To oznacza poważne osłabienie chronionej substancji tych praw. Dokument Moskiewski ogranicza się do wyrażenia swoistego „*wishful thinking*”: „Państwa Uczestniczące będą starały się powstrzymać od uchylenia tych zobowiązań, w odniesieniu do których – zgodnie z konwencjami międzynarodowymi, których Państwa te są stronami – zawieszenie jest możliwe w przypadku stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego”³⁷. A to o wiele za mało.

4. „W zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji”

Zwrócono już wyżej uwagę na to, że przesłanka ta występuje we wszystkich systemach ochronnych operujących mechanizmem derogacji i to w identycznym lub niemal identycznym, rzecz można standardowym, sformułowaniu. Wszystko zatem powinno być jasne i niewątpliwe, zwłaszcza, że w toku *travaux preparatoires* art. 4 Paktu właśnie ta przesłanka nie wzbudziła kontrowersji³⁸.

W doktrynie jednak warunek ten ujmuje się niejednolicie. Beetham i Boyle podkreślają, iż: „Społeczeństwo demokratyczne będzie się odwoływać do nadzwyczajnych kompetencji z niechęcią i będzie urzeczywistniać zasadę wykonywania nadzwyczajnych kompetencji w minimalnym zakresie, na najkrótszy okres, jaki jest konieczny, i z maksymalnym zabezpieczeniem przed nadużyciami”³⁹. Niektórzy autorzy ograniczają się do powtórzenia po prostu formuły traktatowej⁴⁰. Daranowski odnotowuje li tylko „proporcjonalność środków ograniczających prawa i wolności do rodzaju zagrożenia”, co – moim zdaniem – jest niedopuszczalnym ukłonem na korzyść państwa, zarówno dlatego, że sama „proporcjonalność” to istotne zredukowanie wymogu konieczności, zwłaszcza że odnosić się ma li tylko do „rodzaju” zagrożenia⁴¹. Zwracałem w swoim czasie uwagę na to, że „państwo może dokonywać zawieszenia swych zobowiązań jedynie «w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji», nie zaś w dowol-

37 Dokument Moskiewski..., pkt 28.7., zd. I.

38 Por. co do propozycji brytyjskiej na I sesji Komitetu Redakcyjnego w 1947 r. – *Guide*..., s. 81; w Komisji Praw Człowieka na jej VI i VII sesji – *ibid.*, 88-89; co do osiągnięcia consensusu – *ibid.*, s. 89.

39 D. Beetham, K. Boyle, *Demokracja. Pytania i odpowiedzi* (tłum. T. Jasudowicz), Toruń 1996, s. 107.

40 W ten sposób m.in.: S. P. Marks, *op. cit.*, s. 187; V.-Y. Ghebali, *op. cit.*, s. 35 (i to tylko w związku z unormowaniem dotyczącym dziennikarzy).

41 P. Daranowski, *op. cit.*, s. 164.

nym, przez siebie «zachcianym» zakresie”; zatem „Wchodzi w grę test konieczności, a przynajmniej niezbędności”⁴².

Warunek ten, sam w sobie, uzyskał pełne potwierdzenie w orzecznictwie strasburskim. Już w sprawie *Lawless* Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził, że „such measures are strictly limited to what is required by the exigencies of the situation”⁴³. Z kolei, w sprawie Irlandii przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której Irlandia twierdziła, iż podjęte środki derogacyjne wcale nie stanowiły „absolute necessity”, Trybunał uznał, że „nie może przyjąć tego argumentu”, gdyż „nie jest funkcją Trybunału zastępować ocenę dokonaną przez Rząd Brytyjski jakąkolwiek inną oceną tego, co stanowi najbardziej rozsądną i najbardziej właściwą polityką dla potrzeb zwalczania terroryzmu”, zaś „Trybunał nie musi czynić niczego więcej, jak tylko sprawdzić zgodność z prawem („lawfulness”) – na podstawie Konwencji – środków podjętych przez ten Rząd”; stwierdził też, że „granice marginesu oceny pozostawionego Umawiającym się Państwom przez art. 15 pkt 1 nie zostały przez Zjednoczone Królestwo przekroczone”⁴⁴.

Europejska Komisja Praw Człowieka w jednej ze spraw uznała, iż „nie jest powołana do wyrażania poglądu co do dalszej kwestii na podstawie art. 15, czy środki podjęte przez Rząd pozwany w odstępstwie od jego zobowiązań wynikających z Konwencji były bądź są „ściśle odpowiadającymi wymogom sytuacji”, a to dlatego, że nie został spełniony „warunek główny” („the main condition”), jako że Rząd nie wykazał zaistnienia wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża istnieniu narodu”⁴⁵.

Warto też wskazać, że gdy Państwo pozwane szermowało tezą o rzekomym „domniemaniu na korzyść legalności działań Rządu” i twierdziło, że „domniemanie to powinno być stosowane przez Komisję Europejską”, a państwo uznać by można za naruszające zobowiązania jedynie, gdyby „jego ocena sytuacji bądź podejmowane środki były «manifestly unreasonable»”, Komisja, miast się oburzyć i ofuknąć państwo, przeszła nad tymi niedopuszczalnym twierdzeniami do porządku dziennego⁴⁶.

42 T. Jasudowicz, *Administracja...*, s. 3; tenże, *Determinanty...*, s. 96-97.

43 *Lawless Case*, Judgment, 1 July 1961, ser. A, nr 3, s. 55, par. 22. Co do stanowiska Trybunału w innych sprawach – por. *Ireland v. the U. K.*, Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 78-79, 83-84, par. 207, 220-221. Co do stanowiska Komisji – por. m.in.: *Greece v. the U. K.*, Opinion, 2 October 1958, *Yearbook...*, t. II, s. 176; *Lawless Case*, Opinion, 10 December 1959, ser. B, nr 1, s. 108-109, 112-114, par. 102, 102-105; Application 332/57, Adm. Decision, 30 August 1958, *Yearbook...*, t. II, s. 334; Appl. 493/59, Adm. Decision, 27 July 1961, *Yearbook...*, t. IV, s. 312-316.

44 *Ireland v. U.K.*, Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 8-82, par. 211-214.

45 *Greek Case*, Opinion, 5 November 1969, *Yearbook...*, t. XII, s. 103-104. Co do tego, że rzekoma „rewolucja” nie zwalnia państwa z jego zobowiązań – *ibid.*, s. 32.

46 *Lawless Case*, Opinion, 19 December 1959, ser. B, nr 1, s. 75-81, par. 85-89.

Zdarzyło się jednak także, że do tej kwestii Komisja bardziej precyzyjnie się ustosunkowała. I tak, wyróżniła ona jako „dalszy warunek: limitację w stosunku do jakiegokolwiek derogacji, którą to limitację należy brać pod uwagę”, a mianowicie: „Między faktem stanu wyjątkowego, z jednej strony, a środkami wybranymi do zaradzenia mu, z drugiej strony, musi istnieć więź. Co więcej, zobowiązania wynikające z Konwencji całkowicie nie zanikają. Można od nich dokonać odstępstwa lub zmodyfikować je «w zakresie ściśle wymaganym», jak to przewiduje art. 15”⁴⁷.

Interesujące wnioski można wywieść z funkcjonowania systemu Międzynarodowej Organizacji Pracy. W studium przygotowanym przez jej Komitet Ekspertów do spraw Stosowania Konwencji i Zaleceń MOP, a dotyczącym porównania Paktów Praw Człowieka z normotwórstwem MOP, wskazano, że: „Nie ma żadnego odpowiednika tego postanowienia (tj. art. 4 Paktu – przyp. T. J.) dającego stronom konwencji MOP generalną kompetencję ograniczenia stosowania ich postanowień w pewnych sytuacjach. Cały zakres dopuszczalnych ograniczeń praw przewidzianych w tych Konwencjach jest ustalony poprzez wyraźne postanowienia odnośnych dokumentów”⁴⁸.

Można spotkać klauzule specjalne dotyczące *force majeure*, naglącego kryzysu, stanu wyjątkowego i wojny np. w Konwencji MOP dotyczącej godzin pracy bądź w Konwencji w sprawie pracy przymusowej, która – moim zdaniem – musiała wywrzeć istotny wpływ na unormowanie zagadnień pracy przymusowej w warunkach konfliktu zbrojnego w Konwencjach Genewskich z 1949 r. Komitet wskazał, że „czas i zakres służby przymusowej, jak również cele, dla jakich może ona być wykorzystywana, powinny być ściśle ograniczone, zgodnie z wymogami sytuacji”⁴⁹.

W związku ze zdarzającym się odwoływaniem się do *force majeure*, stwierdzono, iż to na państwie ciąży obowiązek wykazania „*the irresistible force of circumstances*”, zaś w kontekście powoływania się na prawo do samoobrony („*legitimate self-defence*”) – wykazania zarówno „*the imminent danger*”, jak też „*proportional relationship*” między takim niebezpieczeństwem a środkami w ob-

47 *Ireland v. U.K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 588-589. Por. w tejże sprawie – Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 81, par. 213.

48 Patrz: *Comparative Analysis of the International Covenants on Human Rights and International Labour Conventions and Recommendations*, [w:] ILO. Official Bulletin., t. LII, 1969, nr 2, s. 8.

49 Ibid. Por. też: *Forced Labour (extract from the Report of the 38th Session)*, Geneva 1968, s. 201; S. P. Marks, op. cit., s. 187; E.-I. A. Daes, op. cit., s. 187. Co do wpływu wojny – por.: *ILO. The International Labour Code 1951*, Geneva 1952, t. I, s. XCVI-XCVII; *Human Rights. A Common Responsibility. Report of the Director General. Part. I*, International Labour Conference. 75th session, Geneva 1988, s. 56, co do „*minimum labour standards*”. Por. też T. Jasudowicz, *Prawa człowieka...*, s. 165 i nast. („Prawo do pracy”).

ronie przed nim podejmowanymi; obie podstawy, oparte na zasadach ogólnych prawa, mogą być usprawiedliwione jedynie tam, gdzie wchodzi w grę „*impossibility of proceeding by any other method*”, zaś podejmowane działanie zaradcze musi być „*limited, both in extent and time, to what is immediately necessary*”⁵⁰.

Mamy tu do czynienia ze zrozumiałym i koniecznym wkroczeniem w obszar kolejnej przesłanki substancjalnej związanej z nakazem poszanowania, przy okazji uciekania się do derogacji, „innych zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”, i w płaszczyźnie – przede wszystkim – „zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane”.

Gdy mowa o granicach ściśle wymaganych przez sytuację, wchodzi w grę nie tylko kwestia rodzaju prawa czy wolności oraz charakteru i powagi sytuacji wyjątkowej w ich wzajemnym zderzeniu, wyrażająca się w niemożliwości pogodzenia pełnej realizacji tego prawa z wymogami tej sytuacji, czyli kwestia konieczności i niezwłoczności bądź naglącego charakteru „amputacji” danego prawa, w minimalnie niezbędnym zakresie, ale też dynamiczne postrzeganie takiej kolizji w czasie, co – z jednej strony – oznacza wymóg wskazania tego „czasu” w słuszny i rozsądny sposób, również stosownie do testu konieczności czy niezbędności, a zarazem wypełnienie tego czasu, w dobrej wierze podejmowanymi, staraniami państwa korzystającego z derogacji o zapewnienie warunków dla przetrwania chronionej substancji praw człowieka w możliwie najpełniejszym zakresie, jak również dla stopniowego przywracania pełniejszego z nich korzystania – także w toku stanu wyjątkowego – gdy tylko okoliczności na to pozwolą. Otrzymujemy więc konstrukcję czasoprzestrzeni, wypełnionej dynamicznie postarzeganą działalnością *pro homine et pro humanitate*, innymi słowy – postawą państwa derogującego opartą na zasadzie przychylności wobec praw człowieka i możliwie pełnego z nich korzystania.

Jeśli chodzi o unormowania traktatowe, jedynie Konwencja Amerykańska w art. 27 pkt 1 wyraźnie ustala, iż środki derogacyjne mogą być stosowane „na czas ściśle wymagany koniecznością sytuacji”. Także Dokument Moskiewski KBWE stanowi, że „środki takie (...) nie będą utrzymywane w mocy dłużej, niż ściśle tego wymaga konieczność sytuacji”⁵¹. W sprawie Irlandii przeciwko Zjednoczonemu Królestwu sędzia O'Domagne stawiał kwestię „*le delai de durabilite*”, stwierdzając przy tym, że „skoro tylko «niebezpieczeństwo publiczne» się kończy, środki wyjątkowe powinny również podlegać zakończeniu”⁵².

50 Report... 1968, t. III, pkt 92. Por. też: E.-I. A. Daes, op. cit., s. 189.

51 Dokument Moskiewski..., pkt 28.7. Por.: V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 35.

52 Por.: J. de Deus Pinheiro Farinha, *L'Article 15 de la Convention*, s. 525. Por. też: D. Beetham, K. Boyle, op. cit., s. 107; E.-I. A. Daes, op. cit., s. 189, wedle której działanie ograniczające „*is limited, both in extent and in time, to what is immediately necessary*”.

Z kolei, z punktu widzenia sposobu pozytywnego wypełnienia tego czasu przychylnym dla praw człowieka działaniem, trzeba by to ujmować w różnych wymiarach: *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione institutionis* oraz *ratione progressionis*.

Względ *ratione materiae* sam z kolei w dwóch wymiarach by się przedstawiał. Po pierwsze, chodzi o wymiar jakby zewnętrzny i obiektywny, a więc wskazujący na zasady, które – obok praw niederogowalnych – stają ponad okolicznościami nadzwyczajnymi i trwają, a więc – parafrazując znane powiedzenie Norwida – stanowią „prawdy, którym nie wolno kazać, by przed drzwiami stały, kłaniając się okolicznościom”.

Daes dokonuje gruntownego studium tego rodzaju zasad, wymieniając po kolei: zasadę legalności; zasadę „*rule of law*”; zasadę poszanowania godności jednostki; zasadę, że prawa i wolności jednostki są absolutne, a limitacje i odstępstwa stanowią wyjątek; zasadę równości i niedyskryminacji; zasadę *nulum crimen, nulla poena sine lege* oraz nieretroaktywności prawa karnego; zasadę słusznej i publicznej rozprawy w procesie sądowym, w związku z zasadą *non bis in idem*; zasadę proporcjonalności; zasadę praw nabytych; wreszcie „inne zasady”, pośród których znajduje się miejsce m.in. dla zasady dobrej wiary, zasady słuszności i zasady rozsądnosci⁵³. Dodaje nadto: „Prawnie dopuszczalne ograniczenia nie mogą posuwać się dalej niż jest to «*absolutely essential*» dla osiągnięcia danego celu i muszą one być współmierne («*commensurable*») z tym celem. Wynika to z zasady współmierności, która powinna mieć charakter konstytucyjny, a której przestrzeganie winno być «*verifiable by the courts*»”⁵⁴.

Na tle tego bogatego katalogu zasad nie poddających się dyktatom stanu wyjątkowego, a – przeciwnie – stojących ponad jego rygorami w funkcji swego „rygoru dla rygorów”, nasuwa się garść refleksji. Po pierwsze, katalog ten w znaczącej mierze wkracza w substancję objętą katalogiem praw niederogowalnych, w tym więc zakresie wytraca swój autonomiczny charakter. Po drugie, wymieniając zasadę równości i niedyskryminacji, również wkraczamy w wydzieloną, odrębną przesłankę substancjalną. Po trzecie, aczkolwiek nie *expressis verbis*, katalog ten „zagospodarowuje” przestrzeń prawną, związaną z kolejną autonomiczną przesłanką w postaci niesprzeczności z „innymi zobowiązaniami międzynarodowymi państwa wynikającymi z prawa międzynarodowego”, zwłaszcza w zakresie podstawowych zasad tego prawa oraz zasad ogólnych prawa. Po czwarte, obejmuje ten katalog również elementy tego, co nazywałem „argumentami wewnętrznymi”, a więc zasady wynikające z samego prawa międzynarodowego praw człowieka w ogóle, jak też z fundamentalnej „filozofii” danego systemu ochronnego.

53 Por.: E.-I. A. Daes, op. cit., s. 132-136, z zw. z s. 178-179.

54 Ibid., s. 179.

Nie sposób jednak czynić autorce zarzutu z racji takiego skomasowania wszystkich tych zasad, skoro pozostaje prawdą potrzeba integralnego, systemowego podejścia do zjawiska derogacji *in genere*, jak i do jej konkretnego przykładu *in specie*. Jeśli na użytek tego opracowania – obok „głównego warunku”, praw niederogowalnych i przesłanek formalnych – owe „trzy warunki” kolejno tu rozważam, to doprawdy nie po to, by „poszatkować” materię derogacyjną i wytwarzać pomiędzy tymi przesłankami czy warunkami jakiekolwiek „żelazne kurtyny”. Chodzi o nierozdzielne integrum, a każdy z tych warunków winien być postrzegany i kwalifikowany przez pryzmat zjawiska jako całości, we współgraniu z innymi składnikami.

Spojrzenie całościowe na dany przypadek derogacji może mieć ważne konsekwencje praktyczne. Irlandia podnosiła w Strasburgu zarzut dotyczący stosowania przez Wielką Brytanię w czasie stanu wyjątkowego „aresztu administracyjnego”, który co do zasady był, co prawda, wprowadzony i stosowany *lege artis*, ale w pojedynczych przypadkach doszło do nadużyć. Komisja uznała, iż „nie jest powołana do przesądzania, czy wszystkie przypadki zatrzymań podczas stanu wyjątkowego faktycznie były «ściśle wymagane», a jedynie do ustalenia, czy upoważnienie do zatrzymywania w takich celach i w sposób, w jaki na ogół było ono praktykowane, było w danych okolicznościach konieczne”, przy czym „wymogiem minimalnym musi być, że zatrzymanie może się prawdopodobnie przyczynić do ustalenia osób, które zaangażowały się w organizowanie działań terrorystycznych lub w takich działaniach uczestniczyły, a celu tego nie dałoby się osiągnąć, gdyby się odwoływano li tylko do normalnych procedur prawnych”; w rezultacie Komisja uznała, iż „sama operacja zatrzymań jako całość była w danych okolicznościach usprawiedliwiona, a wymóg minimalny był spełniony”, zaś „nadzwyczajne kompetencje w zakresie zatrzymania (...) na wszystkich stadiach były stosowane jedynie w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji”⁵⁵.

Komisja specjalnie też zaakcentowała, że „dla zachowania właściwej perspektywy, konieczne jest stosowanie «*an overall approach*», a więc całościowe zajmowanie się «*continuing and developing emergency*», ponieważ: «Dynamika tego rodzaju sytuacji wymaga oceny ogarniającej ją w całości. Statyczne porównywanie jednego stadium z drugim może być mylące.(...) Relacja przyczynowo-skutkowa pomiędzy przemocą, środkami specjalnymi a nową przemocą trudna jest do przewidzenia”⁵⁶.

Wyżej zarysowany zewnętrzny i obiektywny wymiar *ratione materiae*, określający poniekąd swoiste *ius necessarium*, z jakim państwo dokonujące derogacji

55 *Ireland v. U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 592-596.

56 *Ibid.*, s. 596 i nast.

powinno się liczyć i które powinno uszanować, jest uzupełniany drugim, jakby wewnętrznym czy „własnym” i „subiektywnym” wymiarem *ratione materiae*. Przymiotnik „subiektywny” ujmuję w cudzysłów, bo także w tym zakresie znacząca część wchodzących w grę elementów prawnych z *ius necessarium* ściśle się wiąże, tyle że już w obrębie krajowego porządku prawnego.

Po pierwsze, zauważmy, że – w odróżnieniu od klauzul limitacyjnych, w których warunek ten stanowi pierwsze z trzech fundamentalnych kryteriów dopuszczalności limitacji – w klauzuli derogacyjnej nie ma *expressis verbis* umocowanego wymogu, by środki derogacyjne były „zgodne z prawem” czy „przewidziane przez prawo”. W jakiejś tam mierze wymóg tego rodzaju może się wiązać ze spełnieniem warunku „urzędowego ogłoszenia” stanu nadzwyczajnego. Jeszcze ściślej może być postrzegany jako logiczna konsekwencja niewzruszalnej zasady „rule of law”. W każdym bądź razie, wymóg taki jest konieczny i nieusuwalny i może się też wiązać z wyróżnioną przez Daes „zasadą legalności”, która – jej zdaniem – „wyklucza jakiekolwiek działania *contra legem* bądź *praeter legem*” i z mocy której „domniemywa się, że każdy dysponuje wolnością, zaś żadnych ograniczeń tej wolności nie można zakładać, chyba że na podstawie prawa”⁵⁷.

W toku prac przygotowawczych dotyczących art. 4 Paktu, na VI sesji Komisji Praw Człowieka w 1950 r. – acz bezskutecznie – proponowano ustalenie, że „państwo może podejmować środki derogacji od swych zobowiązań uznanych w art. 9, 12, 13, 19 i 22, w zakresie ściśle wytyczonym przez wymogi sytuacji i zawsze z ograniczeniami ustalonymi przez prawo”⁵⁸.

Van der Stoel, wnosząc na forum KBWE propozycje dotyczące unormowania stanów nadzwyczajnych, akcentował, iż „prawie wszystkie państwa, które były w tym czasie uczestnikami KBWE, miały ustawodawstwo dotyczące tego zagadnienia”⁵⁹; wynika to również – choć tylko pośrednio – ze sformułowań pkt 28.8. Dokumentu Moskiewskiego.

Prawo międzynarodowe może wywierać wpływ na działalność ustawodawczą państwa. I tak, pewne obowiązki ustawodawcze wyraźnie formułuje np. art. 20 Paktu Obywatelskiego, art. 5 Konwencji o Ludobójstwie czy też art. III Konwencji w sprawie niestosowania terminów przedawnienia do zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości⁶⁰. Nadto, ze zobowiązań międzynarodowych mogą wynikać albo konkretne obowiązki co do „jakości” prawa krajowego, albo ograniczenie sfery jego swobodnego tworzenia. Tak np. art. 8 pkt 2 Konwencji

57 E.-I. A. Daes, op. cit., s. 132, 178. Por. też: *ibid.*, s. 112, 128.

58 Doc. E/CN. 4/SR.195, par. 100. Por. *Guide...*, s. 92.

59 Pod. za: V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 33.

60 Co do tekstów tych dwu ostatnich Konwencji – patrz: *Human Rights. A Compilation of International Instruments*, New York 1988, s. 143 i nast., 147 i nast., odpowiednio.

nr 87 MOP wyraźnie stanowi: „Prawo krajowe nie może być takie, by szkodzić, ani być stosowane tak, by szkodzić, gwarancjom przewidzianym w niniejszej Konwencji”⁶¹.

W szczególności Oświadczenie z Oslo w sprawie Norm i Procedur w czasie Publicznego Stanu Wyjątkowego bądź Przemocy Wewnętrznej silnie akcentuje, że: „Podstawowym wymogiem dla zapobiegania naruszeniom praw człowieka i prawa humanitarnego w sytuacjach niebezpieczeństwa publicznego bądź przemocy wewnętrznej jest istnienie w każdym kraju precyzyjnego i skutecznego ustawodawstwa krajowego dla zaradzania tego rodzaju sytuacjom w sposób zgodny z *rule of law*”, jak również, że: „Istotnym jest, by jasne i proste normy służące zabezpieczeniu poszanowania praw człowieka i prawa humanitarnego w tego rodzaju sytuacjach były ustalone, podane do wiadomości i stosowane przez wszystkich zainteresowanych w sytuacji przemocy wewnętrznej”⁶².

Słusznie więc akcentuje Daes, że cele ograniczeń „można osiągnąć jedynie poprzez *limiting the «legal» discretion of Governments*”⁶³, zaś społeczność międzynarodowa winna się dopracować ustalonych standardów minimalnych, poniżej których schodzić nie wolno. Osobiście, postawiłbym krok dalej. Stany wyjątkowe w ogóle – podobnie, choć nie zawsze w takim stopniu, jak wojna, która pośród nich jest wyliczana – jeśli obiektywnie istnieją, spełniając kryterium „wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża istnieniu narodu”, z natury swej stawiają pod znakiem zapytania realizację praw człowieka. Zatem funkcją ustawodawstwa wyjątkowego nie powinno być w istocie zawieszanie praw człowieka czy odstępstwo od nich, co raczej – w stosunku do takiego stanu faktycznego – działanie poniekąd *in mitius* w perspektywie praw człowieka w ogóle, aczkolwiek w odniesieniu do niektórych praw, jak też ich niektórych beneficjariuszy, wejdzie w grę prawnie unormowane ograniczenie korzystania z tych praw lub przez te osoby. Celem istotnym stanu wyjątkowego, który ma być przecież „kołem ratunkowym” dla narodu, a więc i dla praw człowieka *in corpore*, nie jest i być nie może „amputowanie” praw człowieka jako takich⁶⁴.

Jednak to nie tylko kwestia uprzednio istniejącego ustawodawstwa wyjątkowego ani li tylko urzędowego ogłoszenia stanu nadzwyczajnego. To także kwestia ogólniejszej otoczki prawnej, instytucjonalnej i organizacyjnej realizacji takiego ustawodawstwa, a więc specjalnego „ładu” na czas stanu wyjątkowego. Toteż podkreśla się trwanie w tym okresie wymagań *rule of law*. W Dokumencie

61 Tekst [w:] Ibid., s. 332 i nast.

62 Patrz: *Oslo Statement on Norms and Procedures in times of Public Emergency or Internal Violence*, [w:] *Nordic Journal on Human Rights* 1987, nr 3, s. 2-3.

63 E.-I. A. Daes, op. cit., s. 117.

64 Por.: Ibid., s. 128.

Moskiewskim wyraźnie się ustala wymóg starań na rzecz zapewnienia, „by gwarancje prawne konieczne dla utrzymania rządów prawa pozostawały w mocy w czasie stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego”⁶⁵. Daes wręcz akcentuje, iż „nawet w stanie nadzwyczajnym fundamentalna zasada *rule of law* powinna dominować”⁶⁶.

Wchodzi też w grę problem gwarancji demokracji Dokument Moskiewski słusznie przewiduje, iż: „Stan wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego nie może być użyty w celu obalenia demokratycznego porządku konstytucyjnego, ani w celu zniweczenia międzynarodowo uznanych praw człowieka i podstawowych wolności”⁶⁷.

Ze swej strony skłaniam się do tezy, iż – bardziej dopracowany i zapełniony obfitym *case-law*, zwłaszcza w systemie europejskim – mechanizm klauzul limitacyjnych, włączając w to jedno z jego kryteriów podstawowych, by środki limitacji były „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”, aż się prosi o jego wykorzystanie *per analogiam* w kontekście derogacji. Moim zdaniem, i z Paktów, i z Konwencji Europejskiej, a i z szerszej ich otoczki normatywnej w systemie ONZ, a zwłaszcza w systemie Rady Europy, niedwuznacznie wynika, że standard „społeczeństwa demokratycznego” jest standardem niewzruszalnym, stosującym się zawsze i wszędzie, a służącym ocenie legalności wszelkich i jakichkolwiek ograniczeń w korzystaniu z praw człowieka, środków derogacyjnych nie wykluczając.

Wiąże się z tym założenie co do funkcjonowania w stanie nadzwyczajnym władzy ustawodawczej. Dokument Moskiewski wyraźnie oczekuje od państwa starań na rzecz zapewnienia, „by normalne funkcjonowanie ciał ustawodawczych w czasie stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego było zagwarantowane w najwyższym możliwym zakresie”⁶⁸.

Moment ten pojawił się również w Strasburgu, najpierw w sprawie Lawless w postaci oczekiwania Trybunału co do kontroli parlamentarnej nad praktykami stanu wyjątkowego. Ostrożniejsze stanowisko zajęła później Komisja. Jej zdaniem, wcale nie musi z tego wyroku wynikać, „by ściśle te lub analogiczne zabezpieczenia – np. kontrola parlamentarna – były konieczne wymagane w każdym innym stanie wyjątkowym”⁶⁹.

65 Dokument Moskiewski..., pkt 28.8., zd. I. Por.: V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 33, co do propozycji Van der Stoela; E.-I. A. Daes, op. cit., s. 132, w zw. z s. 178.

66 E.-I. A. Daes, op. cit., s. 204.

67 Dokument Moskiewski..., pkt. 28.1., zd. II. Por.: V. Y. Ghebali, op. cit., s. 34, który zwraca uwagę na to, że „stanowi to innowację w stosunku do Paktu”.

68 Ibid., pkt 28.5.

69 *Ireland v. the U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook*..., t. XIX, s. 596-598.

Jest to istotne. Wszystko zależy od konkretnej sytuacji, w tym od okoliczności i od sposobu wprowadzenia stanu wyjątkowego. Jeśli odbywa się to za wiedzą i zgodą czy wręcz na podstawie decyzji parlamentu, tedy kontrola parlamentarna jest zrozumiała i konieczna. Jeśli jednak – jak to zdarzyło się w PRL w 1981 r. – stan nadzwyczajny, w danym przypadku stan wojenny, wprowadza się z pominięciem parlamentu, z pogwałceniem jego konstytucyjnych prerogatyw, tedy w warunkach stanu nadzwyczajnego parlament może okazać się zniewolony, cudownie „wyleczony” z ciagotek demokratycznych, a podporządkowany „wyższej władzy wojennej” i w swym funkcjonowaniu „marionetkowy”, co bardziej odpowiadałoby sytuacjom aktualizującym się w warunkach wojny i okupacji nieprzyjacielskiej. Efekty „twórczej” działalności Sejmu w latach osiemdziesiątych, zwłaszcza do 1985 r. włącznie, dowodzą li tylko upokorzenia władzy ustawodawczej i manipulowania jej na użytek „ojców stanu wojennego”.

Nadto, stan wyjątkowy – niby z natury rzeczy wiążący się z ustaleniem ograniczeń w korzystaniu z praw człowieka – nie pozostawia państwu swobody derogacji, lecz kojarzy się z oczekiwaniem specyficznych działań, dostosowanych do nowej nadzwyczajnej sytuacji, ale mających na względzie aktywne starania państwa na rzecz gwarancji praw człowieka, i to starania ujmowane dynamicznie i progresywnie. Toteż w strasburskim *case-law* wyraziście się przejawiał moment powinności państwa w zakresie wypracowywania „gwarancji alternatywnych”.

Tak np. Komisja wyraźnie podniosła problem, „by zorganizować procedury stanu wyjątkowego wyręczające normalne procedury prawne”, jako że odstępstwo od normalnych gwarancji „*could become excessive, however, if no other safeguards were put in their place*”; musi więc ona badać, czy rzeczywiście takie gwarancje alternatywne były „*so lacking or inadequate*” w porównaniu z wymaganiami Konwencji, że w rezultacie „*the scope of permissible derogations was exceeded*”⁷⁰. Już wcześniej Komisja podkreśliła, że „Limitacja taka, w danych okolicznościach, może wymagać zabezpieczeń przed *«possible abuse, or excessive use»*, środków wyjątkowych”, gdyby się okazało, że „stan wyjątkowy ugodził w normalne funkcjonowanie wspólnoty i wymiaru sprawiedliwości”⁷¹.

Wiąże się z tym, jak widać, problem zakazu nadużycia bądź ekscesywnego użycia władzy lub kompetencji, mającego solidne umocowanie normatywne we wspólnym dla obu Paktów art. 5 pkt 1 oraz w art. 17 i 18 Konwencji Europejskiej. W jednym i drugim przypadku artykuły temu zakazowi poświęcone następują bezpośrednio lub niemal bezpośrednio po artykułach zajmujących się derogacją, a istotne też jest to, że rozpoczynają się od jakże wymownych słów „Żadne

70 Ibid., s. 598-600.

71 Ibid., s. 588-590.

postanowienie niniejszego paktu (...)” czy „Żadne z postanowień niniejszej Konwencji (...)”; „żadne”, a więc również postanowienie dotyczące derogacji.

Wcześniej już zwracałem uwagę na konieczność uwzględniania tych unormowań, podkreślając w szczególności, że „organy kontrolne winny wykazywać niezbędną czujność i *ex officio* uwzględniać kontekst ewentualnego nadużycia prawa, korzystając z odnośnych postanowień Paktu i Konwencji, dla dobra skuteczności ochrony praw człowieka, a nie skazywania tych ważnych norm na los nieomal «martwej litery prawa»”⁷².

Jak już odnotowano, w orzecznictwie strasburskim problem ten pojawił się w kontekście „gwarancji alternatywnych” dla zapobieżenia „nadużyciu lub ekscesywnemu użyciu” wyjątkowych kompetencji władz⁷³. Unikały jednak instancje strasburskie bardziej jednoznacznego odwoływania się w kontekście derogacji do art. 17 i 18 Konwencji, co moim zdaniem jest poważnym błędem bądź nie-
dbalstwem.

Oczywiście, w sytuacji stanu wyjątkowego powstaje problem dopuszczalności użycia siły. Jeśli chodzi o system Konwencji Europejskiej, można powiedzieć, że prawo do życia wchodzi w grę w stanach nadzwyczajnych z całym swym „dobrodrojstwem inwentarza”, włączając w to postanowienie art. 2 pkt 2, ustalające bardzo wymagający test „absolutnej konieczności”. Warto jednak dodać, że w Dokumencie Moskiewskim specjalnie zagadnienie to wyróżniono, ustalając, iż: „Jeśli nie można uniknąć użycia siły, to takie użycie siły musi być uzasadnione i ograniczone tak dalece, jak to tylko możliwe”⁷⁴.

Wspomniałem już o postrzeganiu obowiązków państwa, uciekającego się do derogacji, w ich dynamicznym i progresywnym ujęciu. Chodzi o to, by – w dobrej wierze i na zasadzie przychylności wobec demokracji, praw człowieka i *rule of law* – państwo to starało się nie tylko wprowadzać „gwarancje alternatywne”, a więc zapewniać specyficzny „ład stanu wyjątkowego”, ale zarazem nie tracić z pola widzenia wciąż aktualnej potrzeby łagodzenia jego rygorów i cofania ograniczeń w korzystaniu z praw człowieka, skoro tylko sytuacja na to pozwoli bądź skoro tylko samo państwo – gromadząc doświadczenia i czasem ucząc się na własnych błędach – posiadać wyższe predyspozycje do radzenia sobie z trudnościami sytuacji nadzwyczajnej, bez nadmiernego uszczuplania praw człowieka.

72 T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 108. Szerzej na ten temat: E.-I. A. Daes, op. cit., s. 128-129, w zw. z s. 203.

73 *Ireland v. the U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 598-600. Por. stanowisko Trybunału w tejże sprawie – ser. A, nr 25, s. 82, par. 214.

74 Dokument Moskiewski..., pkt 28.1., zd. III. Por.: V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 34, który odnotowuje również uwzględnienie tego problemu w ramach negocjacji KBWE dotyczących „Kodeksu postępowania w polityczno-wojskowych aspektach bezpieczeństwa”.

W jednej z rozpatrywanych w Strasburgu spraw ze strony powoda padł zarzut, że państwo złagodziło rygory stanu wyjątkowego, mimo że faktyczna sytuacja jeszcze bardziej się skomplikowała a zagrożenia wzrosły, co – jego zdaniem – dowodziło ekscesywności pierwotnych środków derogacyjnych. Jednakże, według Komisji: „Na podstawie Konwencji zasadność środków nie może zależeć od tego, czy odniosły one sukces, czy też nie zdołały wyeliminować przemocy”; „to prawda, że gwarancje były z czasem doskonalone, mimo wzrostu powagi stanu wyjątkowego”, jednak „Fakt, że środki były z czasem doskonalone choć kryzys się pogłębiał, nie może być wykorzystywany dla wykazania, iżby środki podejmowane na podstawie Ustawy o kompetencjach nadzwyczajnych wykraczały poza wymagania sytuacji. Doświadczenie może umożliwiać wprowadzenie przez Rząd udoskonaleń, nie pozwalając na ogłaszanie go potem winnym naruszenia Konwencji”; wskazuje to przeciwnie, właśnie, że „Rząd wykonywał swą dyskrecję w sposób odpowiedzialny i na podstawie zdobywanego doświadczenia”⁷⁵.

Również Trybunał w tejże sprawie doszedł do wniosku: „Gdy państwo walczy ze stanem wyjątkowym zagrażającym życiu narodu, byłoby uczynione bezbronnym, gdyby wymagać od niego spełnienia natychmiast wszystkiego, dostosowania od początku każdego z wybranych przez nie środków działania, z każdą z gwarancji dających się pogodzić z priorytetowymi wymaganiami właściwego funkcjonowania władz oraz przywracania porządku w obrębie wspólnoty. Interpretacja art. 15 musi pozostawiać miejsce na „*progressive adaptation*”⁷⁶

Na marginesie warto wskazać, iż wyłonił się w Strasburgu problem „deklaracji lojalności”. W sprawie *Lawless* stwierdzono, że „rząd publicznie ogłosił, iż zwolni każdą osobę aresztowaną która się zobowiąże szanować Konstytucję i Ustawy, i nie angażować się w nielegalną działalność”, każdą zaś osobę zatrzymaną natychmiast o tym informowano. Zdaniem Trybunału, „w kraju demokratycznym jak Irlandia, istnienie gwarancji zwolnienia udzielanej publicznie przez Rząd stanowi ciężące na Rządzie zobowiązanie prawne co do zwalniania wszystkich osób, które takie zobowiązanie przyjmują”⁷⁷.

Zdarzyło się, iż Komisja Strasburska stwierdziła, że ograniczenie środków derogacyjnych do „zakresu ściśle odpowiadającego wymogom sytuacji stanowi jedyną limitację jakiegokolwiek derogacji”⁷⁸. I faktycznie instancje strasburskie na

⁷⁵ *Ireland v. U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 600-602.

⁷⁶ *Ireland v. U. K.*, Judgement, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 83-84, par. 220-221.

⁷⁷ *Lawless Case*, Judgment, 1 July 1961, ser. A, nr 3, s. 57-59, par. 31-59. Co do innego aspektu „deklaracji lojalności” w kontekście wyczerpania środków krajowych, stosownie do art. 26 Konwencji – por.: Appl. 332/57, Adm. Decision, 30 August 1958, *Yearbook...*, t. II, s. 326.

⁷⁸ *Ireland v. U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 600.

tej przesłance substancjalnej głównie się koncentrowały. Byłoby jednak fałszem, gdyby utrzymywać, iż w ogóle nie dostrzegały one pozostałych przesłanek: nie tylko tej dotyczącej „innych zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”, którą art. 15 pkt 1 Konwencji wyraźnie przewiduje, ale także tej wykluczającej powodowanie dyskryminacji, o której artykuł ten w ogóle nie wspomina.

5 „Inne zobowiązania państwa wynikające z prawa międzynarodowego”

Odnotowano już na początku, że wszystkie właściwie dokumenty ogólnej ochrony prawa człowieka, uniwersalne i regionalne, w sposób niemal jednobrzmiący, uwzględniają jako kolejną substancjalną przesłankę dopuszczalności podejmowania przez państwo środków derogacyjnych ich niesprzecznosc „z jego innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”. Nieco inaczej ujmuje się to w dokumentach Ludzkiego Wymiaru KBWE. I tak, Dokument Kopenhaski – ustalwszy najpierw, że „stan wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego jest usprawiedliwiony tylko najbardziej wyjątkowymi i poważnymi okolicznościami, zgodnie z międzynarodowymi zobowiązaniami i zobowiązaniami KBWE danego państwa”⁷⁹ – potwierdza, że „jakiegokolwiek odstępstwa od zobowiązań dotyczących praw człowieka i podstawowych wolności w czasie publicznego stanu wyjątkowego muszą się ściśle mieścić w granicach przewidzianych przez prawo międzynarodowe, w szczególności przez odpowiednie dokumenty międzynarodowe, którymi są one (tj. Państwa Uczestniczące – przyp. T. J.) związane, zwłaszcza odnośnie do praw, od których nie dopuszcza się żadnego odstępstwa”⁸⁰.

W moim przekonaniu, jest to niezmiernie ważna przesłanka substancjalna, którą można wręcz postrzegać jako zagwarantowanie „międzynarodowego *rule of law*”, skoro nie dopuszcza się wąsko praktycystycznego i skrajnie pozytywistycznego podejścia do samej klauzuli derogacyjnej i danego traktatu chroniącego prawa człowieka, lecz wymaga się osadzenia go w całości zobowiązań prawnomiędzynarodowych danego państwa, z wszelkimi stąd płynącymi konsekwencjami prawnymi i zupełnie praktycznymi dla ograniczenia swobody jego derogacyjnych poczynań.

Tym bardziej więc wypada żałować, że w orzecznictwie strasburskim przesłanka ta nie doczekała się poważniejszego potraktowania. Co prawda, w kilku sprawach Komisja bądź Trybunał ogólnikowo do niej się ustosunkowały. Tak np.

⁷⁹ Dokument Moskiewski..., pkt 28.1., zd. 1.

⁸⁰ Dokument Kopenhaski..., pkt 25. Por.: Dokument Moskiewski..., pkt 28.6. V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 35, ogranicza się do zaakcentowania braku katalogu praw niederogowalnych.

w sprawie *Lawless* Trybunał uznał, że „aczkolwiek ani Komisja, ani Rząd Irlandii nie powoływały się w toku postępowania na to postanowienie, funkcja Trybunału, jaką jest zapewnienie przestrzegania zobowiązań zaciągniętych przez państwa w Konwencji (art. 19), wymaga od niego określenia *proprio motu*, czy warunek ten został w niniejszej sprawie spełniony”; nie wydaje się wszakże, by Trybunał podjął jakiegokolwiek poważniejsze badania, by uzasadnić swój wniosek: „do Trybunału nie dotarły żadne fakty, które kazałyby stwierdzić, że środki podjęte przez Rząd Irlandii, derogujące od Konwencji, przeczyły innym zobowiązaniom tego Rządu wynikającym z prawa międzynarodowego”⁸¹.

Identyczne zachowywała się parokrotnie Komisja. W szczególności w jednej ze spraw stwierdziła, niemal dosłownie powtarzając *dictum* Trybunału, że „do Komisji nie dotarły żadne fakty, które kazałyby stwierdzić, że środki te jako takie mogły przeczyć innym zobowiązaniom Rządu wynikającym z prawa międzynarodowego, o których mowa w art. 15 pkt 1 i nie uważa ona za konieczne wkraçać tu w tego rodzaju zobowiązania”⁸². W innej sprawie natomiast, wobec tego, że nie został spełniony „warunek główny”, Komisja uznała, że „nie jest ona zatem powołana do wyrażania poglądu co do dalszej kwestii, czy środki derogacyjne Rządu pozwanego były «zgodne z jego innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego»”⁸³.

W swej wcześniejszej pracy kładłem fundamentalny nacisk właśnie na tę przesłankę substancjalną, m.in. poddając surowej krytyce niedopuszczalną „wstrzemięźliwość” instancji strasburskich w tym zakresie, potwierdzającą – dającą się bardziej generalnie odnotować – ich niechęć do otwierania się na zewnętrzne prawnomiędzynarodowe środowiska normatywne, towarzyszącą jakiemuś „zadufaniu europejskiemu”. A wystarczyłoby, gdyby instancje te otworzyły się choćby na świat zasad ogólnych prawa, do których stosowania – zwłaszcza w kontekście art. 26 Konwencji – są przyzwyczajone, a które po części z powodzeniem mogłyby znaleźć odniesienie także do kontekstu derogacyjnego.

Spoglądając na sprawę od strony *travaux preparatoires* art.4 Paktu, trzeba zwrócić uwagę na to, że w pierwotnych propozycjach przesłanka ta nie była uwzględniana. Dopiero w toku prac VI i VIII sesji Komisji Praw Człowieka, pośród „trzech warunków”, znalazło się m.in. miejsce dla wymogu, by środki derogacyjne nie były „niezgodne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”⁸⁴. Obawiając się nieporozumień na tle słów „prawo mię-

81 *Lawless Case*, Judgment, 1 July 1961, ser. A, nr 3, par. 40.

82 *Ireland v. U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 549. Por.: Appl. 493/59, Adm. Decision, 27 July 1961, *Yearbook...*, t. IV, s. 314-316.

83 *Greek Case*, Opinion, 5 November 1969, *Yearbook...*, t. XIX, s. 113.

84 *Guide...*, s. 88-89.

dzynarodowe”, zaproponowano nawet, by uzupełnić je wyraźnym odwołaniem się do Karty NZ i Deklaracji Powszechnej. Słusznie jednak wskazano, że zasady Karty NZ i tak są częścią prawa międzynarodowego, czego z kolei nie dałoby się powiedzieć o zasadach Deklaracji. Przeważyla wstępnie poprawka belgijska, stosownie do której stan wyjątkowy „nie upoważnia Państwa do żadnej derogacji, która pod innymi względami byłaby nie do pogodzenia z prawem międzynarodowym”; po jej redakcyjnym przepracowaniu uzyskano wymóg niesprzeczności „z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”⁸⁵.

Także w doktrynie przesłance tej nie poświęca się, moim zdaniem, należytej uwagi. Autorzy bądź powtarzają wymóg, tak jak jest on traktatowo ujęty, bądź – co najwyżej – wskazują na retuszowe zmiany redakcyjne w stosunku do pierwszych projektów na etapie prac przygotowawczych⁸⁶. Daes dodatkowo podkreśla, że środki derogacyjne „w szczególności nie mogą być niezgodne z celami i zasadami Karty NZ, Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i innymi dokumentami międzynarodowymi dotyczącymi praw człowieka”⁸⁷.

W swej wcześniejszej pracy wskazywałem, iż wymóg ten „przenosi do sfery pozasystemowej” i wiąże się z potrzebą postrzegania sprzężenia zwrotnego pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a prawem międzynarodowym w ogóle, jak też akcentowaniem znaczenia owych „innych zobowiązań międzynarodowych, niezależnych od danego systemu ochronnego, a w nim słusznie zawarowanych, które mogą i muszą wywierać wpływ substancjalny na kształt zobowiązań państw-uczestników tego systemu, tymi «innymi zobowiązaniami» związanych”; co więcej, stwierdziłem: „Musiałyby taki wpływ wywierać, nawet gdyby nie były wyraźnie zawarowane, a chęć ich zlekceważenia prowadziłaby – tak czy inaczej – do szkodliwej kolizji pomiędzy zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi(...)”⁸⁸.

By zmierzyć się z trudną kwestią, co w istocie oznaczają owe „inne zobowiązania”, uciekłem się do spojrzenia – nazwijmy to – „woluntarystycznego”, a więc z punktu widzenia rodzaju woli, która na kształt zobowiązań wpływ wywierać może, i wyróżniając „wolę indywidualną” (a to w kontekście zastrzeżeń do traktatów), „wewnętrzną wolę wspólną” (w kontekście której, miałem na myśli „cel i przedmiot”, *ratio legis* danego traktatu, z uwzględnieniem otoczki normatywnej systemu organizacyjnego, w obrębie którego traktat ten został przyjęty i funkcjo-

85 Por.: *Ibid.*, s. 89, 93, 94. Dodatkową dyskusję w tym kontekście wywołała sprawa – zgłoszonego przez W. Brytanię – uzupełnienia „poza poszanowaniem prawa do manifestowania religii lub przekonań”, dość szybko zresztą wycofanego – por. *ibid.*, s. 94, 95.

86 W ten sposób np.: J. de Deus Pinheiro Farinha, *op. cit.*, s. 521, 522. Por.: S. P. Marks, *op. cit.*, s. 187.

87 E.-I. A. Daes, *op. cit.*, s. 203.

88 T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 97-98, 99-100. Por. *ibid.*, s. 109.

nuje), „zewnątrzną wolę wspólną” (mając na myśli zobowiązania państw-stron tego systemu bądź niektórych spośród nich z udziałem w nich państw trzecich, a zwłaszcza zobowiązania o charakterze uniwersalnym czy *quasi*-uniwersalnym, z zupełnie szczególnym podkreśleniem znaczenia i roli unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego), wreszcie „wyższą wolę wspólną” (w sensie zbliżonym do konstrukcji „woli-rozkazu” społeczności międzynarodowej, w ujęciu zbliżonym do koncepcji J. Gilasa)⁸⁹.

Gdyby spojrzeć na tę kwestię w znaczeniu rodzajów norm prawa międzynarodowego, i to w kontekście źródeł do ich stworzenia prowadzących, byłyby to przede wszystkim normy traktatowe, z uwzględnieniem również norm zwyczajowych i z przypisaniem sporego znaczenia zasadom ogólnym prawa. Mogłyby też wejść w grę, na obecnym etapie rozwoju organizacyjnego społeczności międzynarodowej, także zobowiązania wynikające z uchwał prawotwórczych organizacji międzynarodowych, a także w pewnej mierze – czego same dokumenty Ludzkiego Wymiaru KBWE oczekują – zobowiązania z zakresu właśnie „prawa KBWE”, które – choć formalnie nie wiążące – to jednak ponad status „międzynarodowych norm politycznych”, im przypisywany, z woli samych Państw Uczestniczących wykraczają. Ważne miejsce znalazłoby się tu dla podstawowych zasad prawa międzynarodowego, u podłoża których należałoby postrzegać i normy traktatowe, i zwyczajowe, a także zasady ogólne prawa, w ich wzajemnym potwierdzaniu się, uzupełnianiu i wspieraniu.

Nie tylko ja akcentuję w tym kontekście rolę zasad ogólnych prawa, podkreślając w tym względzie rolę orzecznictwa międzynarodowego jako stosownego narzędzia dla ustalania i stosowania tych zasad⁹⁰. Pinheiro Farinha – właśnie komentując art. 15 Konwencji Europejskiej – powiada, iż: „Solidarność międzynarodowa wymaga, by zobowiązania państw zawsze były przestrzegane – zobowiązania z traktatów, zwyczajów międzynarodowych lub zasad ogólnych prawa międzynarodowego”⁹¹. Daes słusznie przypomina, że już sam zakaz nadużycia prawa – jakże w kontekście derogacji istotny – „jest zasadą ogólną prawa, ważną nie tylko w prawie prywatnym, ale też w publicznym”⁹². Przypomnijmy, że wśród wyliczanych przez nią zasad, mających trwać w czasie stanu wyjątkowego, niewątpliwie takie zasady, jak „*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, „*non bis in idem*”, słuszności, dobrej wiary itd., należą do zbioru zasad ogólnych prawa⁹³.

89 Ibid., s. 99-100, 102, 106, w zw. z s. 107.

90 Ibid., s. 103-104.

91 J.de Deus Pinheiro Farinha, op. cit., s. 525.

92 E.-I. A. Daes, op.cit., s. 128.

93 Ibid., s. 132-136, w zw. z s. 178-179.

Jak wynika z powyższego, może tu chodzić o poszanowanie – przy okazji stosowania środków derogacyjnych – m.in. ustalonych zwyczajów międzynarodowych, nie wykluczając ewentualnych zwyczajów regionalnych i lokalnych, przy czym warto zwrócić uwagę na zjawisko przeplatania się w konkretnych normach elementów zwyczaju międzynarodowego i zasad ogólnych prawa. Tak np. w świetle dokumentacji MOP, ekscepcje „*force majeure*” czy „*legitimate self-defence*” były traktowane jako „zasady ogólne prawa wywodzone z praktyki krajowej i zwyczaju międzynarodowego”, wraz z podkreśleniem, iż: „Umiejscowienie ekscepcji dotyczących stanu nadzwyczajnego lub konieczności w zwyczaju międzynarodowym odpowiada w istocie (...) miejscu przyznawanemu ekscepcjom *force majeure* lub prawowitej samoobrony w krajowych systemach prawnych”⁹⁴.

Przed wszystkim jednak, substancjalna przesłanka dotycząca niesprzeczności z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi państwa oznacza nakaz liczenia się ze zobowiązaniami płynącymi z traktatów, których dane państwo jest stroną. W pierwszym rzędzie, oczywiście, będzie chodziło o poszanowanie traktatów, ogólnych bądź specjalnych, uniwersalnych lub regionalnych, z dziedziny samej międzynarodowej ochrony praw człowieka. Nie trzeba chyba nawet dodawać, że siłą rzeczy zmieści się tu poszanowanie – i to priorytetowe – zobowiązań płynących z Karty NZ.

Niemal równa potrzeba uwzględnienia będzie dotyczyć traktatów z zakresu dziedzin, formalnie nie należących do ściśle pojętego prawa międzynarodowego praw człowieka, ale blisko z nimi powiązanych, bo w istocie zajmujących się – w obrębie specyficznej sfery stosunków bądź specyficznego stanu faktycznego i prawnego – losem człowieka, w tym jego praw i wolności. Dotyczyłoby to – między innymi i w pierwszym rzędzie – normotwórstwa MOP i międzynarodowego prawa humanitarnego. Nie jest przypadkiem, że każdej z tych dwu dziedzin dotyczą zdarzające się w traktatach praw człowieka unormowania⁹⁵.

W szczególności, wciąż podkreślam – nie tylko przy okazji niniejszej Konferencji, w substancji obrad której „ożenił się” problematykę praw człowieka z problematyką prawa humanitarnego – że będzie tu chodziło o uwzględnienie i poszanowanie ważkich konsekwencji wynikających w kontekście derogacji z unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego, które w swej zasadni-

⁹⁴ Ibid., s. 189.

⁹⁵ W związku ze sferą działalności MOP pozostają art. 22 pkt 3 Paktu Obywatelskiego i identyczny art. 8 pkt 3 Paktu Gospodarczego. Z kolei, Konwencja Praw Dziecka z 20 listopada 1989 r. poświęca specjalne postanowienia art. 38 poszanowaniu norm międzynarodowego prawa humanitarnego dotyczących dziecka. Tekst [w:] *Prawa człowieka...*, s. 95 i nast.

czej substancji może być postrzegane i rekonstruowane jako „prawa człowieka w konfliktach zbrojnych”⁹⁶.

Akcentuję również przy tym – poszukując międzynarodowo chronionej substancji praw człowieka – że „w zakresie wspomnianego «wspólnego mianownika» czy pryncypialnej «substancji niewzruszalnej», w stosunku do której odnieść można kategorię zobowiązań bezwzględnych, posiłkując się przy tym m.in. wnioskami płynącymi z międzynarodowego prawa humanitarnego, poszanowanie takie będzie się narzucać, nawet niezależnie od faktu formalnego uczestnictwa danego państwa czy państw w odnośnych dokumentach powszechnych, a to z mocy prawa zwyczajowego”⁹⁷.

Klauzule denuncjacyjne każdej z czterech Konwencji Genewskich o Ochronie Ofiar Wojny z 1949 r. zakładają, że nawet po formalnym wypowiedzeniu danej Konwencji odnośne państwa „będą nadal musiały wypełniać swe obowiązki na mocy zasad prawa narodów, wynikających ze zwyczajów uznanych przez narody cywilizowane, z praw ludzkości i z wymagań sumienia publicznego”⁹⁸. A warto jeszcze raz przypomnieć, że wszystkie cztery konwencje notują rekordowy poziom ratyfikacji, świadczący o prawdziwie uniwersalnym przyjęciu zobowiązań z nich płynących.

Międzynarodowe prawo humanitarne musi w silniejszym stopniu być postrzegane w kategoriach trwania praw człowieka *durante bello*. Dlatego właśnie tak bardzo mi zależało – nie tylko, a nawet nie tyle z uwagi na sesję poświęconą bezpośrednio międzynarodowemu prawu humanitarnemu i obowiązkom w zakresie jego krzewienia, lecz właśnie dla potrzeb dwu pierwszych sesji naszej Konferencji – by zdążyć z wydaniem książki „Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego”.

Takie traktowanie międzynarodowego prawa humanitarnego i jego znaczenia w sferze praw człowieka nie jest, jak mam nadzieję, li tylko przejawem jakiegoś mojego „zboczenia naukowego”. W Oświadczeniu z Oslo silnie się podkreśla równoczesne „stosowanie i realizację międzynarodowych norm praw człowieka i kwestii humanitarnych”, skoro „przemoc wewnętrzna zawiera w sobie poważne naruszenie praw człowieka i pogwałcenie zasad ludzkości”; stąd też wezwanie do „pełnego poszanowania praw człowieka i prawa humanitarnego w sytuacjach stanów wyjątkowych i przemocy wewnętrznej”, włączając w to – „ściśle przestrzeganie art. 4 Paktu Obywatelskiego i wspólnego art. 3 Konwencji Gene-

96 Por.: T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Toruń 1997, *passim*. Wymowny był też tytuł pracy – R. Bierzanek, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Warszawa 1972.

97 T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 112.

98 Por.: art. 63 ust. 4 I KG, art. 62 ust. 4 II KG, art. 142 ust. 4 II KG, oraz art. 158 ust. 4 IV KG.

wskich”⁹⁹. Z kolei, Pinheiro Farinha w swym komentarzu do art. 15 Konwencji Europejskiej wyraźnie akcentuje, że „Pośród zobowiązań, które powinny być przestrzegane nawet na wypadek wojny, podkreślamy te, które ustanawia prawo humanitarne”¹⁰⁰.

Szczególnie głęboko tym właśnie zagadnieniem zajął się Marks. Dokonuje on, po pierwsze, daleko nie pełnego co prawda, przeglądu norm humanitarnych „szczególnie ważnych dla praw człowieka” i stwierdza, że „różne rozważane tu sytuacje przemocy prowadzą do stosowania norm należących czy to do prawa międzynarodowego praw człowieka, czy też do międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, bądź do obu równocześnie”¹⁰¹.

Po wtóre, dostrzegając, że poziom ochrony praw człowieka „jest wyższy w czasie pokoju, a obniża się, skoro tylko sytuacja zbliża się do wojny” i – przeciwnie – że „poziom ochrony zapewnianej przez międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych jest stosunkowo ograniczony w czasie pokoju (...), ale jest nader rozwinięty, gdy ma miejsce sytuacja wojny międzynarodowej”, autor ten wykreśla dwie krzywe dla diagramu, „które się przecinają mniej więcej w okresie wojny domowej”: „Dla prawa międzynarodowego praw człowieka oznacza to stan wyjątkowy zagrażający życiu narodu, podczas którego stosujące się normy mogą podlegać ograniczeniu do norm uważanych za niederogowalne. Dla międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych to sytuacja, w której wspólny art. 3 Konwencji Genewskich oraz art. 4 Protokołu II znajdują zastosowanie. Innymi słowy, na przecięciu dwu krzywych stosują się «minimalne normy» obu systemów”¹⁰².

W konsekwencji, dochodzi Marks do wniosku, że „poziom ochrony zapewnianej przez prawo międzynarodowe praw człowieka i międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych nigdy nie schodzi poniżej poszanowania norm mających charakter *ius cogens*”, przy czym – posługując się dowodem z *travaux preparatoires* Konferencji Genewskiej 1949 r. oraz z charakteru norm ponadkontraktualnych, jaki przysługuje zobowiązaniom obiektywnym z Konwencji Genewskich – doszukuje się on w prawie humanitarnym zobowiązań imperatywnych, podobnie jak znajduje takowe w „postanowieniach prawa międzynarodowego praw człowieka dotyczących stanów wyjątkowych”, które to postanowienia „mają za skutek ograniczenie kompetencji Umawiających się Państw w zakresie zaprzestania stosowania niektórych artykułów”¹⁰³.

⁹⁹ Oslo Statement..., pkt 1 i 2.

¹⁰⁰ J. de Deus Pinheiro Farinha, op. cit., s. 525.

¹⁰¹ S. P. Marks, op. cit., s. 198-199, 200.

¹⁰² Ibid., s. 200.

¹⁰³ Ibid. Opiera się również na Rezolucji ILA z jej 54 Sesji w Hadze w 1970 r. co do „imperatywnego charakteru jako norm prawa międzynarodowego (*ius cogens*) zasad dotyczących ochrony osoby ludzkiej zawartych w Konwencjach Genewskich” oraz na poglądzie A. Verdrossa,

Odpowiada mi, zwłaszcza w jego jasnym ujęciu graficznym, tok wywodów Marksa, jak i sposób ich prezentacji. Wprowadziłbym jednak do tego rozumowania dwie poprawki, substancjalnie – jak sądzę – istotne. Po pierwsze, ani prawa człowieka nie kończą się swym zasięgiem na sytuacji „wojny domowej”, lecz w jakiejś tam mierze – zwłaszcza owej imperatywnej, acz nie tylko – oddziałują ją nawet w sytuacji konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym, zaś ich międzynarodowo chroniona substancja może i powinna być wykorzystywana dla sposobu rozumienia i dla wypełniania treścią odpowiednich norm prawa humanitarnego; ani też – z drugiej strony – normy prawa humanitarnego nie zatrzymują się na stadium „wojny domowej”, lecz oddziałują na czas pokoju dalej, pomagając m.in. ustalić, zwłaszcza w sytuacjach stanów nadzwyczajnych i w innych sytuacjach szczególnych (np. sytuacjach owej „przemocy wewnętrznej”, o której mówi Oświadczenie z Oslo – przyp. T. J.), niewzruszalną substancję praw człowieka. Może wchodzić w grę, moim zdaniem, wnioskowanie *a minori ad maius*: skoro w sytuacji najprawdźwszej wojny międzynarodowej pewien zakres substancji praw człowieka podlega ochronie, o ileż bardziej należy się jej poszanowanie w sytuacjach, co prawda wyjątkowych, ale do okropności wojny się nie umywających. Chodzi w rezultacie o bardziej dynamiczne, niż to proponuje Marks, ujęcie wzajemne relacji pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a międzynarodowym prawem humanitarnym¹⁰⁴.

Po drugie, nie zgadzam się z Marksem co do uznania, iż w stanie nadzwyczajnym granicą ochrony jest „poszanowanie norm mających charakter *ius cogens*”, co identyfikuje on z kategorią praw niederogowalnych. Moim zdaniem, jak już z powyższego wynika, także w płaszczyźnie praw derogowalnych można mówić o „substancji niewzruszalnej”, która dodatkowo taki minimalny poziom ochrony powinna wyznaczać.

Zupełnie specjalny przykład jednoznacznego obowiązku uwzględnienia i poszanowania „innych zobowiązań państwa wynikających z prawa międzynarodowego”, stanowi postanowienie art. 22 pkt 3 Paktu Obywatelskiego, identyczne z postanowieniem art. 8 pkt 3 Paktu Gospodarczego. Wyklucza ono – także w stanach nadzwyczajnych – „podejmowanie środków ustawodawczych bądź stosowanie prawa w sposób, który naruszałby gwarancje przewidziane w tej Konwencji” (tj. w Konwencji nr 87 MOP w sprawie Wolności Związkowej i Ochrony Praw Związkowych z 1948 r. – przyp. T. J.). Stanowi więc jakby wskazanie *eo nomine* konkretnego przykładu „innego zobowiązania wynikającego z prawa

który włącza w obręb norm *iuris cogens* m.in. „wszystkie normy powszechnego prawa międzynarodowego stworzone w celach humanitarnych”. Posiłkuje się także słusznie postanowieniem art. 60 pkt 5 Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów.

104 Por.: T. Jasudowicz, *Prawa człowieka...*, s. 13-18.

międzynarodowego”, nakazuje zarazem w świetle samej Konwencji nr 87 MOP rozpatrywać wspomniane w nim gwarancje.

A gwarancje te są daleko idące. Po pierwsze, mocą art. 4 tej Konwencji, wyklucza się dopuszczalność rozwiązywania czy choćby zawieszania organizacji związkowej. Po drugie, procedura rejestracji – od której zależy nabycie osobowości prawnej przez związek zawodowy – stosownie do art. 7 Konwencji, nie może być związana z warunkami, które ograniczałyby gwarancje wolności związkowej, umocowane w art. 2-4 tejże Konwencji, włączając w to zakaz ingerencji władzy publicznej, która by korzystanie z tych wolności ograniczała, bądź która by w ich urzeczywistnianiu przeszkodę stanowiła. Co więcej, stosownie do art. 8 pkt 2 Konwencji, prawo krajowe w ogóle „nie może być takie, by szkodziło, ani być stosowane tak, by szkodziło, gwarancjom” przewidzianym w Konwencji.

Wynika stąd – rozpoczynając „od góry” – znaczące ograniczenie krajowej swobody normotwórczej, skoro prawo krajowe bezwzględnie musi być dostosowane do zakresu tej międzynarodowo chronionej wolności, potwierdzonej w Paktach Praw Człowieka. I tylko takie prawo objęte jest obowiązkiem „*lawful exercise*” (art. 3 pkt 2 Konwencji) oraz „*respect (for) the law of the land*” (art. 8 pkt 1 Konwencji). Art. 8 pkt 2, wyżej już odnotowany, a określający wymaganą „jakość” prawa krajowego, stanowi *lex specialis* wobec ogólnego obowiązku poszanowania prawa krajowego. Zatem, nie tylko administracyjnie zawiesić czy rozwiązać związku zawodowego nie wolno, ale też nie wolno uczynić tego w trybie ustawowym. Obowiązuje bezwarunkowo zasada przychylności wobec wolności związkowej.

Przypomnijmy nadto, że w dokumentacji MOP zwraca się uwagę na brak klauzuli derogacyjnej w konwencjach MOP, w tym także w Konwencji nr 87, jak również na niedopuszczalność domniemywania się takowej. Podkreśla się przy tym – na tle art. 8 Konwencji, w zestawieniu go z art. 4 Paktu Obywatelskiego – że „Ma zatem (art. 8 Konwencji – przyp. T. J.) treść pozytywną – uniemożliwienie prawu ogólnemu bądź jego stosowaniu wkraczania w prawa uznane w Konwencji”¹⁰⁵.

Gdyby ktoś chciał wykorzystać argument, że w art. 22 pkt 3 Paktu Obywatelskiego i w art. 8 pkt 3 Paktu Gospodarczego używa się formuły „Nic w niniejszym artykule (...)” nie zaś formuły „Nic w niniejszym Pakcie (...)” dla osłabienia powyższych wniosków, przypomnę, że artykuł 22 Paktu w kontekst derogacji – podobnie jak wszystkie inne prawa Paktem chronione – wchodzi z całym swym „dobrodziejstwem inwentarza”, a zatem właśnie także z ekscepcją zawartą w jego pkt 3¹⁰⁶. Jest to jednoznaczne i niewątpliwe.

105 Por.: *Comparative Analysis...*, s. 8. Por. też: S. P. Marks, op. cit., s. 187; E.-I. A. Daes, op. cit., s. 187, 189.

106 Co do dyskusji w trakcie *travaux préparatoires* art. 4 Paktu Obywatelskiego dotyczących tej kwestii – por.: *Guide...*, s. 94-95.

Skoro taki status ma wolność związkowa, bezprawie oznaczał nie tylko art. 19 dekretu o stanie wojennym, który powodował zawieszenie m.in. związków zawodowych w PRL, ale też nowa ustawa o związkach zawodowych z 8 października 1982 r., jawnie godząca w gwarancje wolności związkowej, a przyjęta pomimo zdecydowanych protestów Dyrektora Międzynarodowego Biura Pracy, F. Blancharda. W szczególności, *curiosum* nielegalności stanowi jej art. 52, po prostu cofający rejestrację związków zawodowych, co – znowu sprzecznie ze statusem rejestracji umocowanym w Konwencji nr 87 MOP – oznaczało ich delegalizację i rozwiązanie. To także stawiam pod rozagę uczestnikom naszej Konferencji, a zwłaszcza jutrzejszego panelu.

Jeśli chodzi o poszczególne systemy ochrony praw człowieka, zwrócić trzeba uwagę na ważki fakt ich wmontowania w odpowiednie systemy organizacyjne. I tak, Pakt Obywatelski został wmontowany w system ONZ, wraz z przyznaniem Sekretarzowi Generalnemu ONZ konkretnych funkcji, także w kontekście samego art. 4 Paktu, a nawet potraktowanie traktatowego organu kontrolnego jako Komitetu Praw Człowieka ONZ¹⁰⁷. Siłą rzeczy, i w ścisłym związku z Kartą NZ, wraz z umocowaną w niej fundamentalna zasadą powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich, „prawo ONZ” jest pierwszorzędnym środowiskiem normatywnym, zasługującym na uwzględnienie i poszanowanie w charakterze „innych zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”.

Podobnie, Konwencja Europejska jest ściśle wbudowana w system Rady Europy. Nie tylko jej Sekretarz Generalny pełni odpowiednie funkcje, włączając w to „obsługę” organizacyjną samego art. 15 Konwencji, ale nadto Komitet Ministrów Rady Europy pełni całkiem istotne funkcje w obrębie struktury implementacyjnej Konwencji, łącznie z ważkim udziałem w kontroli jej przestrzegania¹⁰⁸. W rezultacie, tak Statut Rady, jak i szersze środowisko normatywne „prawa Rady Europy” musi być uwzględniane i szanowane w kontekście podejmowania przez państwo środków derogacyjnych na podstawie art. 15 Konwencji. Analogiczne wywody można by snuć na tle relacji między Konwencją Amerykańską a systemem normatywnym Organizacji Państw Amerykańskich¹⁰⁹.

Reasumując, można by stwierdzić, że substancjalna przesłanka derogacji w postaci wymogu niesprzeczności podejmowanych przez państwo środków derogacyjnych z „jego innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego” oznacza otwarcie danego systemu ochronnego na całość prawa mię-

107 Por. art. 4 pkt 3 Paktu. Pełni on także rolę depozytariusza – por. art. 48 Paktu.

108 Por. art. 15 pkt 3 oraz art. 21, 25, 30, 31, 32, 35, 37, 40, 42, 46, 54, 57, 61, 63, 65, 66 Konwencji Europejskiej.

109 Por. art. 35, 40, 41, 42, 59, 62, 65, 72 i 74 Konwencji Amerykańskiej.

dzynarodowego, na cały zbiór jego norm i zasad, różnego pochodzenia i charakteru, o ile mniej lub bardziej bezpośrednio regulują bądź wiążą się z unormowaniem ochrony praw człowieka, pozostając więc w wystarczająco ścisłej z nim więzi.

6. Niedopuszczalność powodowania dyskryminacji

Zwracano już wyżej uwagę na to, że przesłanka ta występuje wyraźnie w Pakcie Obywatelskim i w Konwencji Amerykańskiej, podczas gdy Konwencja Europejska pomija ją milczeniem, co nie oznacza, by z tego faktu zaraz można było wywodzić wniosek o zupełnym braku uwzględnienia tej przesłanki w europejskim systemie ochrony praw człowieka.

Zanim do tej sprawy powrócę, wskażmy na specyfikę unormowania tej przesłanki w dokumentach Ludzkiego Wymiaru KBWE. Otóż, zarówno Dokument Kopenhaski 1990 r., jak i Dokument Moskiewski 1991 r. przesłankę tę uwzględniają, wzbogacając przy tym katalog niedopuszczalnych podstaw dyskryminacji poprzez uwzględnienie również „przynależności do mniejszości”¹¹⁰.

Moim zdaniem, to wzbogacenie może budzić wątpliwości. Zauważmy, że takiej podstawy nie uwzględnia ani Karta NZ, ani Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, ani Pakty Praw Człowieka¹¹¹. Podstawę taką uwzględnia jedynie Konwencja Europejska, tyle że w innej formule „przynależności do mniejszości narodowej”¹¹². W nowszym „prawie ONZ” spotykamy formuły „mniejszości etnicznych, religijnych lub językowych” bądź „mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych”¹¹³. Chodzi przecież o mniejszości międzynarodowo chronione, nie zaś o „mniejszości” w ogóle, wszystkie i jakiegokolwiek da się wyobrazić.

Na tle art. 4 pkt 1 Paktu Obywatelskiego zwraca uwagę „amputacja” pełnej i otwartej klauzuli równości i niedyskryminacji, jaką spotykamy w art. 2 pkt. 1 i w art. 26 tegoż Paktu. Wyeliminowaniu w kontekście derogacji podległy więc takie podstawy niedyskryminacji, jak: „poglądy polityczne lub inne, pochodzenie

110 Dokument Kopenhaski..., pkt 25.4.; Dokument Moskiewski..., pkt 28.7. in fine. Por. V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 35.

111 Por.: art. 1 pkt 3 i art. 55 „c” karty NZ; art. 2 ust. 1 Deklaracji Powszechnej; art. 2 pkt 1 i art. 26 Paktu Obywatelskiego; oraz art. 2 pkt 2 Paktu Gospodarczego.

112 Por. art. 14 Konwencji Europejskiej. Por. też: Konwencja Ramowa na Rzecz Ochrony Mniejszości Narodowych z 1 lutego 1995 r. – tekst polski [w:] *Prawa człowieka...*, s. 205 i nast.

113 Por. art. 27 Paktu Obywatelskiego oraz Deklarację w sprawie osób należących do Mniejszości Narodowych lub Etnicznych, Religijnych i Językowych z 18 grudnia 1992 r. – tekst polski [w:] *Prawa człowieka...*, s. 118 i nast.

narodowe (...), sytuacja majątkowa, urodzenie”, a zwłaszcza „jakikolwiek inny status” czy „jakiejkolwiek inne okoliczności”. Stało się to nie przypadkowo ani przez jakieś tam przeoczenie.

W toku prac przygotowawczych warunków niedyskryminacji uwzględniono pośród „trzech warunków” na VI sesji Komisji Praw Człowieka w 1950 r. Dyskusja wykazała generalne poparcie dla tego wymogu, ograniczającego swobodę derogacyjnych poczynań państwa w stanie nadzwyczajnym, wątpliwości zaś dotyczyły tylko użycia słowa „jedynie” czy „wyłącznie” („*solely*”). Wskazano jednak, dowodząc istotności jego funkcji, że „państwa mogłyby podejmować środki odstępstwa od praw uznanych w Pakcie, które próbowano by traktować jako dyskryminację tylko dlatego, że zainteresowane osoby należą do pewnej rasy, religii itd., podczas gdy rzeczywistą racją derogacji jest zupełnie co innego”¹¹⁴.

Wskazywano zarazem, że powołanie się na wszystkie podstawy niedyskryminacji, zawarte w art. 2 Deklaracji Powszechnej, nie byłoby właściwe, „ponieważ prawowite ograniczenia mogą w niektórych przypadkach być nałożone na niektóre wspomniane tam kategorie”¹¹⁵. Muszę jednak zauważyć, że wykluczenie przynajmniej niektórych podstaw niedyskryminacji – zwłaszcza w zestawieniu z substancją niedyskryminacji chronioną na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego – może budzić uzasadnione wątpliwości.

Tak np. postanowienie art. 12 I Konwencji Genewskiej z 1949 r. o Polepszeniu Losu Rannych i Chorych w Armjach Czynnych wyklucza w czasie wojny dyskryminację m.in. „z powodu (...) narodowości (...), poglądów politycznych lub jakichkolwiek innych analogicznych powodów”¹¹⁶. Jeszcze szerszą substancję chronioną uwzględnia I Protokół Dodatkowy z 1977 r., wymieniając m.in. „przekonania, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe, majątek, urodzenie lub inne podobne kryteria”¹¹⁷. Co zaś w kontekście derogacji szczególnie ważne, II Protokół Dodatkowy z 1977 r. dotyczący Ochrony Ofiar Niemiędzynarodowych Konfliktów Zbrojnych wylicza m.in. „przekonania, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe (...), majątek, urodzenie lub jakiegokolwiek inne podobne kryteria”¹¹⁸.

114 Por.: *Guide...*, s. 88-89.

115 Ibid., s. 90. Co do propozycji brytyjskiej – patrz: Doc.E/CN.4/SR.330, s. 4-5, 9-10.

116 Por. też: art. 31 tejże Konwencji; art. 12 II KG; art. 16 III KG; art. 13, 27 ust. 3, w zw. z art. 98 ust. 3 IV KG.

117 Protokół Dodatkowy z 10 czerwca 1977 r. do Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczący Ochrony Ofiar Międzynarodowych Konfliktów Zbrojnych, art. 7 pkt 1 oraz art. 75 pkt 1, odpowiednio. Tekst polski [w:] *Umowy międzynarodowe...*, s. 135 i nast.

118 II Protokół Dodatkowy z 10 czerwca 1977 r. do Konwencji Genewskich z 1949 r. dotyczący Ochrony Ofiar Niemiędzynarodowych Konfliktów Zbrojnych, art. 2. Tekst polski [w:] *Umowy międzynarodowe...*, s. 185 i nast.

Wynikałoby stąd, że zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią przesłanki trzeciej, nadmiernie zawężonej, a przesłanką drugą odnoszącą się do „innych zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”, skoro właśnie te „inne zobowiązania” wskazują na o wiele szerszy zakres niedopuszczalnej w sytuacji stanu nadzwyczajnego dyskryminacji. Warto przypomnieć, że Daes – pośród zasad trwających w stanie nadzwyczajnym i niewzruszalnych – m.in. wymienia „zasadę równości i niedyskryminacji”¹¹⁹. W moim przekonaniu sformułowaną w art. 4 pkt 1 *in fine* przesłankę niedyskryminacji należy – w świetle całości prawa międzynarodowego praw człowieka, jak również w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, a zwłaszcza II Protokołu Dodatkowego z 1977 r. – interpretować rozszerzająco¹²⁰.

Zgodnie z wyżej daną obietnicą, wracam do systemu Konwencji Europejskiej, której klauzula derogacyjna z art. 15 pkt 1 w ogóle warunku niedyskryminacji nie uwzględnia. Już we wcześniejszej pracy podkreślałem, że w świetle strasburskiego *case-law* pragmatycznie rozumiana klauzula niedyskryminacji z art. 14 Konwencji jest traktowana jako zasada o niederogowalnym charakterze¹²¹. Toteż jest godnym odnotowania, że – mimo milczenia w tym zakresie art. 15 pkt 1 – instancje strasburskie zachowywały się tak, jakby przesłanka niedyskryminacji była w rzeczywistości doń włączona, skoro wcale się niczym nie usprawiedliwiała, stosując ją do badania sytuacji stanu wyjątkowego.

I tak, Komisja w jednej ze spraw uznała, iż „Żadnej dyskryminacji sprzecznej z art 14, w związku z art. 5 i 6, nie stwierdzono”¹²². Trybunał zaś, postawiony wobec trudnej kwestii, „czy różnica traktowania między dwoma typami terroryzmu (republikańskim i lojalistycznym) była tego rodzaju, iż naruszała art. 14 Konwencji”, uznał, że w istniejącej sytuacji środki wprowadzone przez państwo „można było uważać za ściśle wymagane” oraz że „w kontekście art. 15, ich *«intrinsic necessity»*, skoro już ją uznano, nie mogła być podważona w rezultacie ograniczenia pola ich stosowania (do części zjawiska terroryzmu, która akurat wyjątkowe niebezpieczeństwo stanowiła – przyp. T. J.)”; ostatecznie zatem doszedł do wniosku, iż „nie ustalono żadnej dyskryminacji sprzecznej z art. 14 i art. 5; podobnie, nie stwierdzono żadnej dyskryminacji w kontekście art. 6”¹²³.

W świetle powyższego, sądzę, że zasada niedyskryminacji rozwinęła się stopniowo w podstawową i niederogowalną zasadę międzynarodowej ochrony praw

119 E.-I. A.Daes, op. cit., s. 132, w zw. z s. 178 oraz s. 203.

120 Por.: T. Jasudowicz, *Administracja...*, s. 33; tenże: *Determinanty...*, s. 96-96; P. Daranowski, op. cit., s. 164, 166.

121 Por.: T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 97.

122 Appl. 5155/71, Adm.Decision, 2 May 1978 – por.: *Digest of Strasbourg Case-Law*, (Article 15), s. 218.

123 *Ireland v. U. K.*, Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 89, par. 232, 235.

człowieka i w pełni też powinna być w stanach nadzwyczajnych szanowana, a już przynajmniej w zakresie, w jakim jest chroniona na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego. *A minori ad maius*. W każdym bądź razie, akurat „wzbogacenie” wynikające z dokumentów Ludzkiego Wymiaru KBWE – w kontekście doświadczeń z „V kolumną” – właśnie w tym zakresie nakazuje ostrożność, zwłaszcza że dokumenty dotyczące międzynarodowej ochrony mniejszości słusznie akcentują wymóg lojalności osób należących do mniejszości narodowych wobec państwa pobytu¹²⁴.

Na koniec pragnę uspokoić tych, którzy ewentualnie obawialiby się takiego statusu zasady niedyskryminacji na wypadek stanu wyjątkowego. Zasada ta przecież samoistnie nie ma niezbędnej „nośności”; zawsze musi być ujmowana w kontekście konkretnego, objętego ochroną prawa ludzkiego, a w rezultacie „dobrodziejstwo inwentarza” tego właśnie prawa, włączając w to towarzyszące mu wyjątki i limitacje, wyznacza ramy skutecznego, a bezpiecznego, funkcjonowania samej zasady niedyskryminacji.

7. Uwagi końcowe

Doceniając fakt uwzględnienia w klauzulach derogacyjnych trzech wyżej omówionych substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych, zwłaszcza ujmowanych w kontekście owego „warunku głównego” i gwarancji niewzruszalności „praw niederogowalnych” oraz istotnych gwarancji formalnych, nie potrafię zarazem odbierać tych klauzul z pełną satysfakcją. Są one nadmiernie ogólnikowe, jakby niedopowiedziane czy niedookreślone, a zatem pozostawiające zbyt wiele pola na ewentualne rozbieżności interpretacyjne. Dlatego tu właśnie w moich „uwagach końcowych” zaakcentuję jeszcze jeden warunek, stawiany pod adresem państwa uciekającego się do stosowania środków derogacyjnych, a dotyczący potrzeby zabezpieczenia „kontroli prawnej”. Warunek ten ma wymiar krajowy i międzynarodowy.

Traktaty praw człowieka nic ten temat *expressis verbis* nie stanowią. Natomiast w Dokumencie Moskiewskim KBWE wyraża się oczekiwanie od państw starań o zapewnienie „w swoim prawie kontroli nad przepisami prawnymi dotyczącymi stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, jak również nad stosowaniem tych przepisów”¹²⁵. Silnie to akcentuje się również w Oświadczeniu z Oslo, stwierdzając, że ustawodawstwo na wypadek stanu wyjątkowego „powinno zawierać przepisy wprowadzające krajowy system kontroli oraz ochrony

124 Por. art. 8 pkt 4 Deklaracji ONZ z 1992 r. oraz art. 21 Konwencji Ramowej, op. cit., s. 34.

125 Dokument Moskiewski..., pkt 28.8. zd.II. Por.: V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 34.

przed naruszeniami praw człowieka i prawa humanitarnego w sytuacjach stanu wyjątkowego lub przemocy wewnętrznej”¹²⁶.

Zwrócono też na to uwagę w orzecznictwie strasburskim. W sprawie *Lawless* Trybunał podniósł zagadnienie „kontroli parlamentarnej”, a wydaje się ponadto, iż instancje strasburskie miały w znacznej mierze na myśli właśnie „kontrolę prawną” przy okazji tak silnego ich nastawiania na konieczność wspomnianych „gwarancji alternatywnych, łącznie z gwarancjami ochrony sądowej, stopniowo przywracanej, a – gdy nie ma to warunków – przynajmniej gwarancji kontroli pozasądowej lub quasi-sądowej”¹²⁷.

Przed wszystkim jednak w kontekście derogacji akcentuje się niezbędność kontroli międzynarodowej, w różnych zresztą jej postaciach. Van der Stoep, składając na forum KBWE propozycje w imieniu Holandii, wyjaśniał, że „propozycje te dążą do zapewnienia, by wprowadzenie publicznego stanu wyjątkowego w kraju regionu KBWE prowadziło – w interesie poszanowania *rule of law* w nadzwyczajnych okolicznościach – do monitoringu na podstawie rozwijanego dialogu, mającego miejsce w warunkach pełnej jawności”¹²⁸. W rezultacie, to od ODIHR (tj. Biura Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka, z siedzibą w Warszawie – przyp. T. J.) oczekuje się gromadzenia informacji na temat publicznych stanów wyjątkowych, co wiąże się z oczekiwaniem od państw spełniania w dobrej wierze obowiązku powiadamiania kompetentnych struktur KBWE/OBWE o wprowadzanych przez nie stanach wyjątkowych. Dokonany przez Ghebali’ego przegląd praktyki w tym zakresie nie prowadzi go jednak do optymistycznych wniosków; w jego ocenie przestrzeganie „*Moscow regime*” зда się być „*erratic, partial and, by any stand, insufficient*”¹²⁹.

Można zarazem powiedzieć, że – skoro w poszczególnych klauzulach derogacyjnych przewiduje się obowiązek informowania wszystkich pozostałych stron danego traktatu o wprowadzeniu stanu wyjątkowego, jego zakresie i o powodach to uzasadniających – przeto ma to służyć, jak można i trzeba domniemywać, umożliwieniu słusznej reakcji ze strony tych innych państw, w ramach ich wspólnej i solidarnej współodpowiedzialności za poszanowanie i przestrzeganie praw człowieka w obrębie danego systemu ochronnego. A to z kolei bezpośrednio się kojarzy ze strukturą implementacyjną danego traktatu, włączając w to funkcjono-

126 *Oslo Statement...*, pkt 4. Zwraca się przy tym uwagę na gwarancje instytucjonalne oraz na znaczenie monitoringu krajowego.

127 *Ireland v. the U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 596 i nast. Porównaj w tej sprawie stanowisko trybunału – Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 58, par. 34.

128 Pod. za: V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 33. Także *Oslo Statement...*, pkt 7, gdzie – obok „monitoringu krajowego” – akcentuje się potrzebę angażowania: „bezzstronnych obserwatorów międzynarodowych”.

129 V.-Y. Ghebali, op. cit., s. 38-39.

wanie instytucji skarg międzypaństwowych. Rzecz jednak w tym, że – jeśli chodzi o Pakt Obywatelski – dotyczące tej materii postanowienie art. 41 pozostaje w rzeczywistości „martwą literą prawa”.

Kontrola międzynarodowa, zwłaszcza w tym zakresie, jest niezmiernie ważna. Jak podkreśla Daes: „Wszystkie główne systemy prawne przyjmują w pewnej formie zasadę, że zarzuty usprawiedliwiane na podstawach takich, jak samoobrona, wymagają kontroli prawnej. Jeśli zarzut stanu nadzwyczajnego ma być traktowany w prawie międzynarodowym jako koncepcja prawna, tu podobnie powinna wchodzić w grę ocena przez bezstronną władzę na szczeblu międzynarodowym. Z tego właśnie powodu trybunały międzynarodowe i organy kontrolne, stając wobec tego zarzutu, niezmiennie dokonywały niezawisłego osądu, czy okoliczności usprawiedliwiały naruszenie, nie pozwalając zainteresowanemu państwu być jedynym sędzią w tej sprawie”¹³⁰.

Akcentuje zatem autorka, że: „Stany wyjątkowe i ich skutki muszą być badane przez organy odpowiedzialne za urzeczywistnienie odnośnej międzynarodowej Karty Praw Człowieka”; przy tym: „Ciężar dowodu co do istnienia stanu wyjątkowego oraz co do konieczności danego środka spoczywa na rządzie pozwanym. Niewymierne kryteria, jak margines oceny, ciężar i standard dowodu oraz wymogi dobrej wiary i rozsądnosci stanowią jedynie pożyteczne narzędzia, stojące do dyspozycji tych, którzy sprawują funkcje o charakterze sądowym lub *quasi-sądowym*”¹³¹. Dodajmy w tym kontekście od siebie, że właśnie w tym obszarze otwiera się przed trybunałami bogactwo istotnych zasad ogólnych prawa, niekoniecznie każdorazowo wymagających trudu ich ustalania, bo w znacznej mierze już ustalonych w orzecznictwie międzynarodowym.

W systemie europejskim skargi międzypaństwowe i ich rozpatrzenie przez instancje strasburskie – acz nie tak znowu często – w kontekście art. 15 również się zdarzały. Instancje te nie miały zarazem najmniejszych wątpliwości co do swych funkcji i kompetencji w zakresie ich rozpatrzenia i osądu. Tak np. w sprawie *Lawless* Komisja podkreśliła, iż „ma kompetencję i obowiązek, na podstawie art. 15, badać i wypowiadać się co do określenia przez Rząd istnienia «publicznego stanu wyjątkowego zagrażającego życiu narodu» w znaczeniu art. 15”¹³². Również Trybunał w tejże sprawie nie miał wątpliwości co do tego, że to do niego „należy określenie, czy warunki ustalone w art. 15 dla wykonywania wyjątkowego prawa derogacji zostały w niniejszej sprawie spełnione”¹³³.

130 E.-I. A. Daes, op. cit., s. 189.

131 Ibid., s. 204.

132 *Lawless Case*, Opinion, 19 december 1959, ser. B, nr 1, s. 82, par. 90. Por.: Appl. 3321-23/67 oraz 3344/67, Adm. Decision, 24 January 1968, *Yearbook...*, t. XI, s. 714.

133 *Lawless Case*, Judgment, 1 July 1961, ser. A, nr 3, s. 55, par. 22.

Nie chodzi przy tym li tylko o kwestię legalności samego wprowadzenia stanu wyjątkowego. Komisja potwierdziła, że „jest kompetentna do decydowania, czy środki podjęte przez Stronę na podstawie art. 15 Konwencji zostały podjęte «w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji»”¹³⁴. Z kolei w tejże sprawie Trybunał zaakcentował, iż „będąc wraz z Komisją odpowiedzialnym za zapewnienie przestrzegania zobowiązań państw (art. 19), ma kompetencję do osądzania, czy państwa wykroczyły poza zakres ściśle odpowiadający wymogom sytuacji”, akcentując przy tym, że „Krajowemu marginesowi oceny towarzyszy zatem kontrola europejska”¹³⁵.

Tak więc, instancje strasburskie uznały ciężące na nich zadanie i potwierdziły swą kompetencję do jego spełniania. Warto jednak zauważyć, że momentem, który nieodłącznie towarzyszył każdemu ich zaangażowaniu w sprawy dotyczące wprowadzenia i realizacji przez państwa stanów wyjątkowych, było podkreślanie – zarówno przez Komisję, jak i przez Trybunał – należnego państwom marginesu oceny, co więcej „*a wide margin of appreciation*”¹³⁶.

Można wręcz odnieść wrażenie, że stanowisko zaprezentowane przez Rząd Irlandii w sprawie *Lawless* – prawnie godne najwyższego potępienia – poniekąd wytyczyło stałą strasburską linię orzecniczą. A Irlandia wykluczyła wręcz możliwość uznania przez organy strasburskie naruszenia zobowiązań przez państwo, „chyba że jego ocena sytuacji bądź podjęte środki są „*manifestly unreasonable*”, utrzymując nadto, że „istnieje domniemanie na korzyść legalności działań rządu”, co więcej – „domniemanie to winno być stosowane przez Komisję Europejską”¹³⁷.

Przypomnijmy też, że Komisja w tej sprawie – choć podkreśliła swą kompetencję kontrolną – bez większych przeszkód uznała legalność stanu wyjątkowego i konkretnych podejmowanych przez Irlandię środków derogacyjnych, bez podjęcia jakichkolwiek głębszych badań i nawet bez skomentowania niedopuszczalnych supozycji rządu pozwanego. Zachowała się tak, jakby je uznawała. Trybunał zaś w innej sprawie stwierdził, że „nie musi robić niczego więcej, jak tylko sprawdzić «*lawfulness*» – na podstawie Konwencji – środków przyjętych przez ten rząd (...)”¹³⁸.

134 *Greece v. U. K.*, Opinion, 2 October 1958, *Yearbook...*, t. II, s. 176.

135 *Ireland v. U. K.*, Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 78-79, par. 207. Por.: stanowisko Komisji w tej sprawie – Opinion, 25 January 1976, *Yearbook...*, t. XIX, s. 600.

136 *Ireland v. U. K.*, Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 78, par. 207. Por.: *Greece v. U. K.*, Opinion, 2 October 1958, *Yearbook...*, t. II, s. 176; *Greek Case*, Opinion, 5 November 1969, *ibid.*, t. XII, s. 72; *Lawless Case*, Opinion, 19 December 1959, ser. B, nr 1, s. 82, par. 90; *Ireland v. U. K.*, Opinion, 25 January 1976, *ibid.*, t. XIX, s. 600.

137 *Lawless Case*, Opinion, 19 December 1959, ser. B, nr 1, s. 75, par. 85.

138 *Ireland v. U. K.*, Judgment, 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 81, par. 212.

Zaistniała więc, moim zdaniem, sprzeczność pomiędzy: z jednej strony – uznaniem przez Komisję i Trybunał ich kompetencji, prawa, a nawet „obowiązku” badania dopuszczalności samego stanu wyjątkowego, jak i konkretnych środków służących jego realizacji, wraz z uznaniem ciężącego na państwie ciężaru dowodu w tym zakresie¹³⁹; z drugiej strony – przyznaniem państwu szerokiego marginesu oceny i wstrzymywaniem się instancji strasburskich przed rzeczywistym skrupulatnym badaniem, czy kryteria art. 15 zostały spełnione. Ta godna pożałowania „wstrzemięźliwość” czy „inercja” badawcza Komisji i Trybunału Strasburskiego przejawiała się zarówno co do „warunku głównego”, jak też co do „trzech warunków” substancjalnych, w szczególności jeśli chodzi o utrzymanie środków derogacyjnych w granicach niesprzeczności z „innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”.

W rezultacie, doszło do – prawnie rzecz biorąc, jeszcze bardziej bolesnej – sprzeczności między wyjątkowością derogacji i domniemaniem na korzyść trwania zobowiązań państwa w dziedzinie ochrony praw człowieka a gorliwością instancji strasburskich w zakresie szafowania przyznawanym państwu szerokim marginesem oceny, w połączeniu z inercją badawczą ze strony ich samych, co *de facto* oznaczało wręcz przyjęcie domniemania na korzyść legalności poczynañ państwa uciekającego się do derogacji. „Odwrócono więc kota ogonem”. Szkoda, że w nauce moment ten nie jest z dostateczną częstością i siłą podnoszony, a instancje strasburskie nie są poddawane, słusznie przez nie zasłużonej, krytyce¹⁴⁰. Nie będę tu powtarzał słów mojej własnej krytyki, już wcześniej z całą mocą wypowiedzianych¹⁴¹. Nie cofam ich, z pełnym przekonaniem podtrzymuję.

Tak więc, traktatowe mechanizmy derogacji – w samym swym sformułowaniu, a zwłaszcza w swym praktycznym funkcjonowaniu – okazują się dość kruchymi i nieskutecznymi. A rzecz dotyczy punktu, w którym los praw człowieka pełni funkcję „papierka lakmusowego”. Za ostateczne podsumowanie niniejszych rozważañ niech posłuży pełen nadziei i oczekiwania pogląd Marksa: „Państwa powinny przejawiać pełnię swego przywiązania do praw człowieka poprzez poszanowanie praw człowieka stosujących się w tego rodzaju wyjątkowych okolicznościach, które – należy mieć nadzieję – faktycznie będą coraz bardziej «wyjątkowe». Jak długo takie warunki istnieją, tak długo będą one redukować prawa człowieka do ich najbardziej wątpliwego poziomu (*«precaurios level»*), a to na tym właśnie poziomie można postrzegać zakres, w jakim prawa człowieka są rzeczywistością bądź czystą iluzją”¹⁴².

Dodajmy tylko

„Nemo iudex in re sua”.

139 Por. np.: *Greek Case*, Opinion, 5 November 1969, *Yearbook...*, t. XII, s. 72.

140 Por.: J de Deus Pinheiro Farinha, op. cit., s. 527.

141 T. Jasudowicz, *Determinanty...*, s. 108-109, 112.

142 S. P. Marks, op. cit., s. 189.